

# **Leverandørvalg ved offentlige anskaffelser.**

Kandidatnummer: 340

Veileder: Professor Dr. Juris. Finn Arnesen

Leveringsfrist: 25 november 2004

Til sammen 17 792 ord

Dato: 24 november 2004

## **Innholdsfortegnelse**

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b>1.1</b>	<b>OM EMNET</b>	<b>1</b>
<b>1.2</b>	<b>AVGRENSNINGER</b>	<b>1</b>
<b>1.3</b>	<b>BEGREPSBRUK</b>	<b>1</b>
<b>1.4</b>	<b>RETTSLIG PLASSERING</b>	<b>2</b>
<b>1.5</b>	<b>ENKELTE METODESPØRSMÅL</b>	<b>2</b>
1.5.1	FORHOLDET TIL FOLKERETTSLIGE FORPLIKTELSE	2
1.5.2	VEKTING AV ENKELTE RETTSKILDEFAKTORER	3
1.5.3	NYTT DIREKTIV	4
<b>1.6</b>	<b>GRUNNLEGGENDE HENSYN</b>	<b>5</b>
1.6.1	HENSYNET TIL FORUTBEREGNELIGHET	5
1.6.2	HENSYNENE TIL LIKEBEHANDLING OG IKKE-DISKRIMINERING	5
1.6.3	HENSYNENE TIL GJENNOMSIKTIGHET OG ETTERPRØVBARHET	5
1.6.4	HENSYNET TIL PUBLISITET	6
<b><u>2</u></b>	<b><u>EGENREGI</u></b>	<b><u>7</u></b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>PROSESSUELLE BEGRENSNINGER VED LEVERANDØRVALGET</u></b>	<b><u>9</u></b>
<b>3.1</b>	<b>TERSKELVERDIER</b>	<b>9</b>
3.1.1	BEREGNINGEN AV KONTRAKTSVERDIENE	10
3.1.2	MANIPULERING AV KONTRAKTSVERDIENE	10
3.1.2.1	Manipulering av kontraktsverdiene gjennom valg av beregningsmetode	10
3.1.2.2	Manipulering av kontraktsverdiene gjennom valg beregningsgrunnlag	10
3.1.2.3	Manipulasjon av kontraktsverdien gjennom bruk av oppgjørsformer	12
3.1.3	OPPSUMMERING	13
<b>3.2</b>	<b>RAMMEAVTALER</b>	<b>13</b>
<b>3.3</b>	<b>ADGANGEN TIL Å KUNNGJØRE ANSKAFFELSER PÅ STRATEGISKE TIDSPUNKT</b>	<b>14</b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>BEGRENSNINGER I DE KRAV SOM KAN STILLES</u></b>	<b><u>15</u></b>

<b>4.1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>15</b>
<b>4.2</b>	<b>KRAV TIL LEVERANDØREN</b>	<b>15</b>
4.2.1	TEKNISKE KVALIFIKASJONER OG DOKUMENTASJON	16
4.2.2	KRAV TIL LEVERANDØRENS ØKONOMISKE STILLING	16
4.2.3	KRAV TIL EIERSKAP	17
4.2.4	KRAV OM NASJONAL OG LOKAL TILHØRIGHET	18
4.2.5	SPRÅKKRAV	19
4.2.6	KRAV TIL ORGANISERING	20
4.2.7	KRAV TIL ERFARING	20
4.2.7.1	Krav til leverandørens erfaring	20
4.2.7.2	Krav om oppdragsgivers erfaringer med leverandøren	21
4.2.7.3	Krav om tredjepersons erfaringer med leverandøren	21
<b>4.3</b>	<b>KRAV TIL YTELSEN</b>	<b>22</b>
4.3.1	SPESIFIKASJONSKRAV	22
4.3.2	TEKNISKE STANDARDER	23
4.3.3	MILJØKRAV TIL YTELSEN	25
<b>4.4</b>	<b>KRAV TIL GJENNOMFØRINGEN</b>	<b>26</b>
4.4.1	MILJØKRAV TIL GJENNOMFØRINGEN	26
4.4.2	KRAV TIL ARBEIDSSTRYKENS SAMMENSETNING	27
4.4.2.1	Krav om bruk av lærlinger	27
4.4.2.2	Krav om bruk av faste ansatte.	27
4.4.2.3	Krav om bruk av langtidsledige	28
<b>4.5</b>	<b>SÆRLIG OM INHABILE RÅDGIVERE</b>	<b>28</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>AVVISNING</u></b>	<b><u>29</u></b>
<b>5.1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>29</b>
<b>5.2</b>	<b>AVVISNING PÅ GRUNN AV FORHOLD VED TILBUDET</b>	<b>29</b>
5.2.1	AVVISNING PÅ GRUNN AV MANGLENDE DOKUMENTASJON	29
5.2.2	AVVISNING PÅ GRUNN AV OPPGITT PRIS	30
5.2.3	AVVISNING VED UKLART BUD I EN KONKURRANSE MED FORHANDLING	31
5.2.4	AVVISNINGSRETT PÅ GRUNN AV TILBUDETS UTFORMING	31
<b>5.3</b>	<b>AVVISNING VED UNORMALT LAVT BUD</b>	<b>31</b>
<b>5.4</b>	<b>AVVISNING PÅ GRUNN AV FORHOLD VED LEVERANDØREN</b>	<b>32</b>
5.4.1	KONKURS OG LIGNENDE SITUASJONER	32
5.4.2	STRAFFBARE FORHOLD OG ALVORLIGE FORSØMMELSER	32
5.4.3	IKKE INNBETALT SKATT OG AVGIFT MM	33

<b><u>6</u></b>	<b><u>SELVE LEVERANDØRVALGET</u></b>	<b><u>34</u></b>
<b>6.1</b>	<b>TILDELINGSKRITERIER</b>	<b>34</b>
<b>6.2</b>	<b>MÅ DE SEKUNDÆRE TILDELINGSKRITERIER ALLTID VÆRE EGNET TIL Å IDENTIFISERE DET ØKONOMISK MEST FORDELAKTIGE TILBUD?</b>	<b>34</b>
6.2.1	LAVESTE PRIS	36
6.2.2	ØKONOMISK MEST FORDELAKTIGE TILBUD	36
6.2.3	FINNES DET EN HOVEDREGEL?	37
<b><u>7</u></b>	<b><u>KONKLUSJON</u></b>	<b><u>39</u></b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>40</u></b>
<b>8.1</b>	<b>FORARBEIDER</b>	<b>40</b>
<b>8.2</b>	<b>BØKER</b>	<b>40</b>
<b>8.3</b>	<b>ARTIKLER</b>	<b>40</b>
<b>8.4</b>	<b>DIVERSE</b>	<b>40</b>
<b><u>9</u></b>	<b><u>LISTE OVER AVGJØRELSE</u></b>	<b><u>41</u></b>
<b>9.1</b>	<b>HØYESTERETTS AVGJØRELSE</b>	<b>41</b>
<b>9.2</b>	<b>LAGMANNSRETT AVGJØRELSE</b>	<b>41</b>
<b>9.3</b>	<b>EFTA-DOMSTOLENS AVGJØRELSE</b>	<b>41</b>
<b>9.4</b>	<b>EF-DOMSTOLENS AVGJØRELSE</b>	<b>41</b>
9.4.1	EF-DOMSTOLENS AVGJØRELSE	41
9.4.2	AVGJØRELSE I FØRSTEINSTANS	42
<b>9.5</b>	<b>KOFA AVGJØRELSE</b>	<b>42</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Om emnet

Målet med denne fremstillingen er å drøfte hvordan regelverket om offentlige anskaffelser, påvirker oppdragsgivers valg av leverandør. Spesielt de begrensningene som regelverket legger på oppdragsgivers adgang til å stille krav til leverandørene, for derigjennom å forfordle sine foretrukne leverandører, samt å skjerme disse for konkurranse. Drøftelsen vil behandle enkelte utvalgte emner.

Diskusjonene i media angående valget fasadestein til den nye operaen, anskaffelsen av nye redningshelikopter, samt stadige medieoppslag i forbindelse med innkjøp i helseforetakene viser at problemstillingen er aktuell.

I 1995 var omfanget av offentlige anskaffelser i Norge ca 151,5 milliarder kroner, av dette var statens andel 68,5 milliarder kroner<sup>1</sup>.

## 1.2 Avgrensninger

Siden fremstillingen tar sikte på å vise oppdragsgivers frihet ved valg av leverandør, faller avlysning av hele anskaffelses konkurransen utenfor oppgaven. Krav som regelverket pålegger oppdragsgiver å stille<sup>2</sup> faller også utenfor oppgaven.

For å begrense oppgavens omfang, vil følgende avgrensninger bli foretatt: Anskaffelser foretatt på bakgrunn av forsyningsforskriften<sup>3</sup>, ”offentlig privat samarbeid” (OPS) relaterte spørsmål, spørsmål tilknyttet WTO-regelverket, de særlige anskaffelsesprosedyrene i forskriftens del IV, sanksjoner ved brudd på regelverket, vilkårene for å foreta direkte anskaffelse samt forsvarsanskaffelser, herunder ”dual purpose” problematikken. ”Dual purpose” problemet oppstår når anskaffelsen kan fylle flere funksjoner og enelte av funksjonene faller utenfor regelverket<sup>4</sup>.

## 1.3 Begrepsbruk

Lov om offentlige anskaffelser 1999-07-16 nr 69 blir betegnet som ”Loven”.

Forskrift om offentlige anskaffelser 2001-06-15 nr 616 blir betegnet som ”Forskriften”.

---

<sup>1</sup> Se NOU 1997:21 s19

<sup>2</sup> Krav om obligatorisk skatteattest jmf.. forskriftens §5-15 og forskriftens §5-16 som pålegger oppdragsgiver å kreve HMS-egenerklæring.

<sup>3</sup> Dette innebærer ikke at forsyningsforskriften utelukkes som tolkningsmoment, vedrørende reglene i klassisk sektor.

<sup>4</sup> Se Redningshelikopter/kamphelikopter saken.

”Direktiv Nr. 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter”, blir betegnet som det ”nye direktivet”.

Forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon 2003-12-05 nr 1424 blir betegnet som ”Forsyningsforskriften”.

Jeg velger å bruke begrepet ”Primære tildelingskriterier” som en felles betegnelse på tildelingskriteriene ”Laveste pris” og ”Økonomisk mest fordelaktige tilbud”. Betegnelsen ”Sekundære tildelingskriterier” vil bli brukt på de tildelingskriterier som er ment å presisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Begrepet ”tildelingskriterier” vil bli brukt som en samlebetegnelse for de primære og sekundære tildelingskriteriene.

Reglene som regulerer en aktuell situasjon er av og til likelydende i forskriftens del II og del III. For å unngå dobbeltbehandling, vil jeg i disse tilfellene i hovedsak, forholde meg til reglene i del II.

## 1.4 Rettslig plassering

Regelverket er basert på to sett folkerettslige forpliktelser<sup>5</sup>, og avløser et eldre norske regelverk.

Etter tradisjonell systematikk er regelverket en sammenblanding av forvaltningsrett, folkerett/EØS-rett, obligasjonsrett, konkurranserett og avtalerett<sup>6</sup>. Innenfor EF-retten, og videre gjennom EØS-retten, er det et resultat av de fire friheter. For å realisere målsetningen om de fire frihetene, stilles det krav til måten offentlige myndigheter opptre på. Siden disse står for store innkjøp<sup>7</sup> vil forfordeling av lokale/nasjonale tilbydere begrense realiseringen av de fire frihetene, og motarbeide formålet om økt liberalisering av handelen<sup>8</sup>.

## 1.5 Enkelte metodespørsmål

### 1.5.1 Forholdet til folkerettslige forpliktelser

Utgangspunktet er at folkerettslige forpliktelser må innarbeides i norsk rett, før de pålegger borgerne rettigheter og plikter. Dette er et resultat av det dualistiske prinsipp, som forutsetter en gjennomføringsakt<sup>9</sup>. Den kan forgå ved inkorporasjon, eller transformasjon. Inkorporasjon foreligger når den folkerettslige forpliktelsen uforandret<sup>10</sup> blir gjort til en del av norsk rett. Dette ble gjort med EMK og EØS-avtalens hoveddel. Ved transformasjon, innarbeides de folkerettslige forpliktelsene, dette er gjort med direktivene som utgjør bakgrunnen for regelverket om offentlige anskaffelser.

Det dualistiske prinsipp medfører videre at folkerettslige forpliktelser ikke får virkning i norsk rett, hvis ikke disse er gjennomført<sup>11</sup>. Utgangspunktet er at norsk rett presumeres å være i overenstemmelse med de folkerettslige forpliktelsene, og eventuell motstrid løses gjennom tolkning. Er det foretatt en feilaktig gjennomføring, eller gjennomføring utelatt, vil norsk rett

---

<sup>5</sup> EØS-avtalen og WTO-avtalen

<sup>6</sup> Herunder anbudsretten

<sup>7</sup> 16,3% av EU sitt BPN Kilde: [http://www.europa.eu.int/publicprocurement/index\\_da.htm](http://www.europa.eu.int/publicprocurement/index_da.htm)

<sup>8</sup> Se EØS-avtalens fortale avsnitt 3

<sup>9</sup> Dette medfører at staten blir forpliktet evt. får rettigheter, på et tidligere tidspunkt enn borgerne.

<sup>10</sup> Dog vil den ofte være oversatt

<sup>11</sup> Se OFS-dommen Rt 1997 s580

måtte legges til grunn. Dette må antagelig også gjelde hovedregel selv om staten var klar over forpliktelsen og ønsket å gjennomføre den<sup>12</sup>.

Det at EU-reglene er gitt som direktiv, gir lovgiver større frihet enn om de hadde vært gitt som forordninger<sup>13</sup>. Dette medfører at det kan tas inn andre bestemmelser i regelverket enn de som følger av direktivene så lenge disse reglene ikke strider mot reglene i direktivene.

I det norske regelverket, har man således regler som ikke finnes i direktivene, slik som reglene om direkte anskaffelser<sup>14</sup>, krav til skatteattest<sup>15</sup> og lærlingkrav<sup>16</sup>. Felles for disse reglene er at det stilles strengere krav til nasjonale tilbydere og oppdragsgivere enn til andre. Dette betegnes ofte som omvendt diskriminering. EF-domstolen har ansett slik omvendt diskriminering forenlig med fellesskapsretten<sup>17</sup>.

For å sikre en effektiv håndhevelse av fellesskapsretten har EF-domstolen utviklet en ”dynamiske fortolkningsstil”. Denne medfører at domstolen strekker seg langt for å sikre formålet med regelverket. I EF-domstolens sak C-324/98(Teleustria) kom ikke forsyningsdirektivenes regler til anvendelse på anskaffelsen. Likevel anvendte domstolen ”traktatens grunnleggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed.”<sup>18</sup>. Dette tyder på at EF-domstolen strekker seg langt for å sikre en effektiv etterlevelse av regelverket. Norske kontrollorgan bør således legge en tilsvarende ”dynamiske fortolkningsstil” til grunn, samt legge særlig vekt på de grunnleggende hensyn se pkt 1.5.

### 1.5.2 Vekting av enkelte rettskildefaktorer

EF-domstolens praksis har blitt tillagt vekt av Høyesterett<sup>19</sup>. Praksis fra EF-domstolen må således tillegges vekt. Enda klarere er det at praksis i fra EFTA-domstolen må vektlegges ettersom det er denne domstolen som har kompetanse til å dømme på bakgrunn av EØS-avtalen<sup>20</sup>.

Et særlig spørsmål er hvordan avgjørelser fattet av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) skal vektlegges. Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser §1uttaler at KOFA skal være et ”rådgivende organ” og følgelig ikke ha noen form for formell domsmyndighet. KOFA er uavhengig jmf. forskriftens §5, og klageprosessen har ellers andre klare likhetstrekk med en sivil rettssak for domstolene, med unntak av at all saksbehandling er skriftlig. Disse momentene tilsier at KOFA avgjørelser bør tillegges en viss vekt. I tillegg er det mitt inntrykk at KOFAs medlemmer, i tillegg til faglige gode avgjørelser, også har formelle kvalifikasjoner<sup>21</sup> som tilsier at avgjørelsene kan tillegges betydelig vekt.

---

<sup>12</sup> Se Finnangersaken Rt 2000 s1811.

<sup>13</sup> Se EØS-avtale art7

<sup>14</sup> jmf. forskriftens §11-2

<sup>15</sup> jmf. forskriftens §§5-15 og 12-9. Derimot gir direktivene oppdragsgiver rett til å kreve bevis for økonomisk stilling se for eksempel Tjenestedirektivet 92/50 art 31.

<sup>16</sup> Jmf. forskriftens §§5-8 og 12-7

<sup>17</sup> Se sak 98/86 premiss 7

<sup>18</sup> premiss 60

<sup>19</sup> Se Rt 2000 s1811(Finnanger) se også EØS-avtalen fortale avsnitt 16.

<sup>20</sup> Jmf. ODA-avtalen art32

<sup>21</sup> KOFA består av en pensjoner Høyesteretts dommer, to lagdommere, to professorer og fire advokater.

Høyesterett har ennå ikke behandlet en sak som tidligere er behandlet av KOFA. Dette kan ha sammenheng med at KOFA sin første sak ble behandlet den 23 januar 2003, og at saksbehandlingstiden ved domstolene medfører at ingen sak ennå har blitt forelagt Høyesterett. Dom i den samme saken ble avsagt av Frostating lagmannsrett LF-2004-24071 den 15 november 2004. Lagmannretten nevner ikke KOFA saken, antagelig fordi erstatningsutmålingen er det sentrale.

I Hålogaland lagmannsretts dom LH-2004-07353, henviser dommerne til KOFA sakene 2004/189, 2003/183, 2003/38 og 2003/74. Samtlige brukes aktiv, og etter mitt syn påvirker de resultatet. KOFA sak 2003/66 er også anvendt i Borgarting Lagmannsretts dom LB-2004-40374.

Det at Høyesterett ennå ikke har behandlet en KOFA sak, kan også ha sammenheng med at partene mener at KOFA sine avgjørelse er så grundig at domstolsbehandling ville gitt et tilsvarende resultat, slik at man inngår forlik.

### 1.5.3 Nytt direktiv

Den 31. mars 2004 ble, direktiv 2004/18/EF vedtatt. Dette er en "sammenslåing" av de tre direktivene<sup>22</sup> som i dag utgjør de materielle reglene i klassisk sektor. EU-landene fikk 21 måneder på å gjennomføre disse i sin nasjonale rett, altså innen 31. januar 2006<sup>23</sup>.

For Norges vedkommende, er direktivet ennå ikke behandlet av EØS-komiteen. Arbeidet med å implementere dette direktivet er, etter det jeg har fått opplyst, planlagt å starte i januar 2006. Jeg velger derfor hovedsakelig å forholde meg til de tre gamle direktivene, da disse danner grunnlaget for gjellende norsk rett.

Det nye direktivet vil i denne forbindelse kunne ha rettskildemessig status som etterarbeid. Men målet i EØS-avtalen om å forhindre suverenitetsavståelse<sup>24</sup> vil medføre at EU-rettsakter som ennå ikke er gjort til en del av EØS-avtalen, ikke kan legges til grunn i norsk rett som en del av EØS-avtalen, se EFTA-domstolens sak E-3/97(Jæger). Hvor rettsakten<sup>25</sup> var gyldig, deretter var den ugyldig, for senere å bli gjeninnført<sup>26</sup> i EØS-avtalen. I hele perioden hadde rettsakten virkning i EF-retten. Et argument om å legge vekt på rettsakten i den mellomliggende perioden, ut i fra hensynet til "rettshomogeniet", ble avvist<sup>27</sup>. Dette fordi det var EØS-komiteens oppgave "to implement new Community legislation in the EEA"<sup>28</sup>. Direktivet kan heller ikke bli en del av EØS-avtalen uten å ha blitt behandlet i EØS-komiteen<sup>29</sup>. Man er således ikke folkerettslig forpliktet til å legge vekt på direktivet slik det foreligger i dag. Så når KOFA i sak 2003/38 bruker forarbeidene til det nye direktivet er ikke dette et resultat av folkerettslige forpliktelser.

---

<sup>22</sup> Varedirektivet93/36, Bygge- og anleggsdirektivet93/37 og Tjenestedirektivet92/50.

<sup>23</sup> Kilde: <http://odin.dep.no/nhd/norsk/p10002767/bn.html>

<sup>24</sup> Dette står ikke ordrett i EØS-avtalen, men mange regler er motivert av dette hensynet. For eksempel opprettelsen av egen EFTA domstol jmf. ODA-avtalen art 27 og "vetoretten" i EØS-avtalen Art102 ledd 5

<sup>25</sup> som regulerte forhandleravtalers konkurransevirkning

<sup>26</sup> premiss26

<sup>27</sup> premiss30

<sup>28</sup> Sml forøvrig EFTA-domstolens sak E-1/02(Postdok) premiss 55.

<sup>29</sup> Sml EFTA- domstolens sak E-4/01(Karlsson) premiss 28



## 1.6 Grunnleggende hensyn

Hensynene skal sikre at potensielle leverandører får like muligheter til å oppnå kontrakter med det offentlige. Samtidig skal de sikre at det offentlige foretar effektive anskaffelser og anvender offentlige midler på en økonomisk fornuftig måte. Hensynene vil måtte tillegges vekt ved tolkningen av lov og forskriften<sup>30</sup>.

### 1.6.1 Hensynet til forutberegnelighet

Lovens §5(3) stiller krav til forutberegnelighet i anskaffelsesprosedyrene. Forutberegnelighet innebærer, at partene skal sikres en viss forutsigbarhet med tanke på hvordan konkurransen vil utvikle seg og bli avgjort. Oppdragsgiver må således informere tilbyderer om premissene, vilkårene og forutsetningene for de anskaffelsesprosedyrer som blir gjennomført. Videre stiller dette krav til oppdragsgivers etterlevelse av regelverket, da tilbyderne har innrettet seg i tillit til at dette blir overholdt.

### 1.6.2 Hensynene til likebehandling og ikke-diskriminering

Kravet til likebehandling fremgår av lovens §5(1). Kravet er ikke særegent for offentlige anskaffelser, men et grunnleggende hensyn i anbuksretten<sup>31</sup>. Forbudet mot forhandlinger<sup>32</sup> må sees som et uttrykk for dette hensynet, se Høyesteretts dom HR-2002-00940(Veidekke). Formell og reell forskjellsbehandling vil i disse tilfellene selvfølgelig være likestilt.

Hensynet til ikke diskriminering medfører at oppdragsgiver ikke kan forskjellsbehandle leverandører på bakgrunn av nasjonal eller lokal tilhørighet jmf. forskriftens §3-1(3) og lovens §5 (5)a. Åpen og skjult forskjellsbehandling vil som ellers være likestilt.

### 1.6.3 Hensynene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet

Kravet til gjennomsiktighet i lovens §5(3), må sees i sammenheng med behovet for å kontrollere at regelverket blir etterlevd. Dette kravet kommer ikke direkte til uttrykk i noen av de aktuelle direktivene. Derimot kommer det indirekte til uttrykk gjennom andre bestemmelser. For eksempel reglene om kunngjøring av tildeling jmf forskriftens §§10-3(1) og 17-3(1).

Hensynet er lag til grunn av EF-domstolen i sak C-324/98(Teleaustria)<sup>33</sup>. Det uttales i premiss 62: "Denne gennemsiktighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske". Hensynet til gjennomsiktighet har også kommet til uttrykk gjennom reglene om offentlighet i forskriftens § 3-2 som omhandler allmennhetens rett til innsyn.

Etterprøvnbarhets hensynet innebærer at man i ettertid skal kunne bringe på det rene hva som har skjedd, og om det er forenlig med regelverket. Dette innebærer at oppdragsgiver vil måtte ta vare på de dokumenter som ligger til grunn for hans vurderinger. I forskriften har det

---

<sup>30</sup> Sml. NOU 1997:21 s115

<sup>31</sup> Jmf. NOU 1997:21 s115-116 se også Rt1998 s1398(Torghatten) angående kravet om ruteinformasjon og suppleringsfartøy.

<sup>32</sup> jmf. forskriftens §§9-1 og 16-1

<sup>33</sup> Saken gjaldt anskaffelser innenfor forsyningssektoren, men for det aktuelle formål har den en viss vekt. Siden regelverkene er utslag av de samme hensyn.

gitt seg utslag i bestemmelsen i §§8-1 og 15-1 om protokollføring. De tilbydere som ikke ble valgt, vil ha krav på begrunnelse for avgjørelsen jmf. forskriftens §3-8(4). Dette henger sammen med oppdragsgivers plikt til å meddele tilbyderne hvem som har fått kontrakt jmf. forskriftens §§10-3 og 17-3. I tillegg har oppdragsgiver plikt til å protokollføre ”alle vesentlige forhold og viktige beslutninger”<sup>34</sup>. Alt dette er utslag av de nevnte hensyn.

#### 1.6.4 Hensynet til publisitet

For at konkurransen skal bli så effektiv som mulig er det en forutsetning at flest mulige tilbydere har fått kunnskap om den, og kan forberede seg på den. For å oppnå dette er det et krav til kunngjøring av planlagte<sup>35</sup> og vedtatte anskaffelser<sup>36</sup>.

Oppdragsgiver er videre pålagt å opplyse om hvem som har blitt tildelt kontrakten<sup>37</sup>. Forbigåtte tilbydere skal på denne måten, ha muligheten til å kontrollere at anskaffelsesprosedyren var forenelig med regelverket.

---

<sup>34</sup> Jmf. forskriftens §§8-1 og 15-1

<sup>35</sup> Jmf. forskriftens §6-1

<sup>36</sup> Jmf. forskriftens §6-2 og §13-1

<sup>37</sup> Jmf. forskriftens §6-3 og §13-2

## 2 Egenregi

Egenregibegrepet omfatter ytelser som utføres av oppdragsgiver til eget bruk, dette innebærer at ytelsen blir forbeholdt en enkelt leverandør, nemlig oppdragsgiver<sup>38</sup>. I teorien brukes betegnelsen "In house" på fenomenet<sup>39</sup>. Det at egenregi som hovedregel faller utenfor regelverket, har sin bakgrunn i vilkåret i forskriftens §1-4a om at kontrakten må være "gjensidig bebyrdende". Det stilles således krav til en motytelse. Varedirektivet 93/36 art.1 a) krever også at avtalen skal være "...gjensidig..."<sup>40</sup>. Denne formuleringen er gjentatt i det nye direktivet art.1 pkt.2 a<sup>41</sup>.

Når en avdeling som er underlagt oppdragsgiver leverer ytelsen<sup>42</sup>, vil dette organet sjelden kreve en motytelse. Derimot kan det tenkes at grensen mellom oppdragsgiver og leverandør blir utydelig. En slik problemstilling var oppe i EF-domstolens sak C-107/98(Teckal), om vareanskaffelser. Her ble kontrakten gitt til "... til et konsortium, som myndigheten selv deltager i..."<sup>43</sup>, det ble videre lagt vekt på hvor stor selvstendighet leverandøren hadde "...om der er indgået en aftale mellem to forskellige personer..."<sup>44</sup>. Så foretok man en helhetsvurdering hvor en la vekt på; formell selvstendighet, oppdragsgivers kontrollmuligheter og om avtalen var gjensidig bebyrdende. Det var ikke avgjørende at leverandøren selv var å anse som et offentligrettslig organ<sup>45</sup>. Etter dette kan man slå fast at oppdragsgiver kan, på nærmere vilkår, tildele en kontrakt til en annen juridisk person uten at regelverket kommer til anvendelse. Vilklårene er at oppdragsgiver har en kontroll over leverandøren, som er like sterk som den oppdragsgiver har over egne interne organer.

En lignende problemstilling var oppe i KOFA sak 2003/73(Ryfylke Miljøverk). Spørsmålet var om oppdragsgivers eierandel i tilbyder samt kontroll tilsa at egenregi forelå. Det ble henvist til "Teckal-saken". Det ble uttalt: "Utgangspunktet er etter nemndas oppfatning at en eierandel på 34 % i et selskap ikke gir en så sterk kontroll at det første vilkår for direkte tildeling av kontrakter i tråd med EF-domstolens praksis er oppfylt".

---

<sup>38</sup> I denne sammenheng er det ikke naturlig å snakke om oppdragsgiver i den tradisjonelle betydningen av ordet, siden oppdraget blir gitt som en intern instruks innenfor oppdragsgivers organisasjon.

<sup>39</sup> Se Peter Lund Meyer "EU's udbudsregler" s76 og Sue Arrowsmith "The law of public and utilities procurement" s118-119

<sup>40</sup> Ordlyden er den samme i både Tjenestedirektivet 92/50 art.1a) og Bygge- og anleggsdirektivet 93/37 art.1 a)

<sup>41</sup> Det finnes ingen spesielle regler knyttet til egenregi problematikken i det norske regelverket av i dag ei heller i direktivene. Det er heller ikke foreslått tatt inn regler om dette i det nye direktivet. Kilde: Arnhild D Gjønnnes I åpningstale den 01.10.04, i forbindelse med UNICE konferansen, i temaet "In-house procurement. A way of closing the market?" Det nærmeste man kommer en definisjon av egenregi i norsk lovgivning i dag, er i mval. § 11 (2) "...driver virksomhet som hovedsakelig har til formål å tilgodese egne behov..."

<sup>42</sup> Pliktsubjektene driver i liten grad med vareproduksjon slik at problemstillingen er primært praktisk i forbindelse med anskaffelser av tjenester(Se "EØS-rett", Fredrik Sejersted mfl s626-627). Men bygge- og anleggskontrakter vil kunne utføres i egenregi, for eksempel av kommunale parketater.

<sup>43</sup> Se premiss 41.

<sup>44</sup> Se premiss 49.

<sup>45</sup> Se premiss 50-51. Regelverket kommer til anvendelse selv om flere "offentligrettslige" organ skulle konkurrere om kontrakten.

I utgangspunktet står oppdragsgiver fritt til å organisere driften, herunder opprette nye avdelinger, slik han finner det hensiktsmessig. Opprettelsen av kommunale og interkommunale selskaper vil ikke i seg selv medføre at regelverket kommer til anvendelse på anskaffelser mellom foretaket og kommunen. Fordi slike selskaper anses for å være en del av kommunen, se koml. §61<sup>46</sup>.

En utstrakt bruk av egenregi vil derimot kunne begrense konkurransen fordi færre kontrakter blir kunngjort. I ytterste konsekvens, vil dette kunne bli problematisk i forhold til lovens §5(2) jmf. forskriftens §3-1(1).

Det kan tenkes situasjoner hvor et serviceorgan blir opprettet for å løse et enkelt prosjekt, og ikke for å forestå kontinuerlig service<sup>47</sup>. Har nyopprettelsen for mye ad-hoc preg over seg, kan det oppfattes som et forsøk på omgåelse av regelverket. Om oppdragsgiver ansetter den foretrukne leverandør sine ansatte i den nyopprettede organisasjonen, vil dette kunne være ekstra tydelig. En annen ad-hoc situasjon har man hvor et aksjeselskap<sup>48</sup> som er omfattet av regelverket, foretar en fusjon<sup>49</sup> med en leverandør for på den måten å foreta anskaffelsen i egenregi. Om oppdragsgiver skulle utlyse konkurranse for så å avlyse den, for deretter å opprette et internt organ til å forestå ytelsen, vil dette kunne tyde på at oppdragsgiver kun var interessert i å "teste" markedet<sup>50</sup>, vil dette føre til at organet får et ad-hoc preg.

En regel som begrenser adgangen til egenregi, er problematisk i forhold til kravet om "gjensidig bebyrdende avtale" i forskriftens § 1-4a. Videre vil slike begrensninger medføre at oppdragsgivers frihet til intern organisasjons reduseres. I motsatt retning trekker ønsket om størst mulig konkurranse<sup>51</sup>. Jeg er derfor kommet til at det kan tenkes unntak i fra hovedregelen, men dette vil kun være aktuelt i sjeldne tilfeller.

---

<sup>46</sup> Se Stein Ness og Eivind Vesterkjær, "Offentlige bygge- og anleggsanskaffelser" s33.

<sup>47</sup> For eksempel om utarbeidelsen av trykdeetatens nye datasystem hadde blitt foretatt av en nyopprettet avdeling innen Rikstrykdeverket.

<sup>48</sup> Evt Allmennaksjeselskap.

<sup>49</sup> Se asl kapittel 13 evt. asl kapittel 13

<sup>50</sup> Typisk for å se om det kunne gjøres billigere og bedre internt

<sup>51</sup> jmf. forskriftens § 3-1 (1) og lovens §5(2)

### 3 Prosessuelle begrensninger ved leverandørvalget

#### 3.1 Terskelverdier

Det har stor betydning for valg av anskaffelsesprosedyre om verdien av en anskaffelse ligger over eller under terskelverdiene. Terskelverdiene varierer avhengig av hva slags type anskaffelse det er snakk om<sup>52</sup>, og av hvem som er pliktsubjekt<sup>53</sup>. For bygge- og anleggskontrakter samt tjenesteanskaffelser vil også verdien på delarbeider ha betydning. Ved tjenesteanskaffelser er systemet ytterligere komplisert. Her sonderes det først og fremst mellom prioriterte og ikke prioriterte tjenester, og deretter kommer terskelverdien inn. Hvilken anskaffelsesprosedyre som kommer til anvendelse, vil i stor grad legge begrensninger på valget av leverandør. Oppdragsgiver har som hovedregel begrenset frihet i valget av anskaffelsesprosedyre<sup>54</sup>. Valget mellom anskaffelsesprosedyrene styres i stor grad av verdien på den aktuelle anskaffelsen.

I de tilfellene hvor verdien ligger over terskelverdiene, vil oppdragsgiver primært ha valget mellom å foreta en åpen eller begrenset anbudskonkurranse, eller helt unntaksvis en konkurranse med forhandling jmf. forskriftens §§4-1, 4-2 og 4-3. Ligger verdien av anskaffelsen under terskelverdiene, vil oppdragsgiver ha full frihet i valget mellom anskaffelsesprosedyrene, med unntak av direkte anskaffelse som forutsetter at vilkårene i §11-2 er oppfylt. Oppdragsgiver vil derfor få en fordel om verdien av ytelsen faller under de aktuelle terskelverdiene, da dette gir han større frihet i valget av anskaffelsesprosedyre og følgelig større frihet i leverandørvalget.

Å foreta innkjøp etter visse anskaffelsesprosedyrer er en dyr prosess, særlig med en anbudsrunde etter forskriftens del II, vil administrasjonskostnadene kunne bli store. I en situasjon hvor det må foretas full anbudsrunde for selv de minste anskaffelser, ville administrasjonskostnadene kunne bli større enn selve kjøpesummen. Regelverket ville da virket mot sitt formål, nemlig det å bidra til en mest mulig effektiv ressursbruk jmf. lovens §1<sup>55</sup>. Derfor har man valgt å trekke en grense, som vises i terskelverdiene. I Sosialøkonomisk teori brukes ofte betegnelsen transaksjonskostnader på denne typen kostnader<sup>56</sup>.

Det at terskelverdiene er felles innenfor hele EØS-området innebærer at flere prosjekter tipper over terskelverdiene i høykostland som Norge, enn i land med lavere kostnadsnivå, slik som i de ti nye medlemslandene i EU. Dette vil igjen medføre økte totalkostnader i land hvor kostnadsnivået er høyt fra før, siden regelverket påfører større transaksjonskostnader ved anskaffelser over terskelverdiene. Som følge av dette vil konkurransekraften til høykostland kunne bli ytterligere svekket.

<sup>52</sup> 1,8 mill for vare og tjeneste anskaffelser og 38,55 mill ved bygge- og anleggskontrakter under EØS regelverket

<sup>53</sup> For statlige oppdragsgivere omfattet av GPA regelverket gjelder en særegen terskelverdi på 1.15 mill.

<sup>54</sup> Derimot vil han i enkelte tilfeller ha valgfrihet i valget mellom enkelte utvalgte anskaffelsesprosedyrer.

<sup>55</sup> Bestemmelsen er inntatt for å understreke det som må anses å være hovedformålet med regelverket, jf. Ot.prp. nr. 71 (1997-98) pkt. 13

<sup>56</sup> Se Erling Eide "Rettsøkonomi for offentlig rett" s50-53.

### 3.1.1 Beregningen av kontraktsverdiene

Utgangspunktet er at anskaffelsen verdi skal beregnes på grunnlag av den samlede anslåtte verdi, ikke inkludert moms, på kunngjøringstidspunktet, jmf. forskriftens §§2-3 (1) og 2-2 (1)<sup>57</sup>. De beløp som gjelder etter forskriften er 1,8 mill. kroner eks. mva. for vare- og tjenestekontrakter og 38,55 mill. kroner eks. mva. for bygge- og anleggskontrakter, jmf. forskriftens §2-2 (1).<sup>58</sup>

### 3.1.2 Manipulering av kontraktsverdiene

Anskaffelser over terskelverdiene er underlagt regler som i stor grad begrenser en oppdragsgivers frihet i leverandørvalget. Dette medfører at oppdragsgiver i visse tilfeller vil se seg tjent med å påvirke verdien av anskaffelsen slik at den faller under terskelverdiene. I tillegg vil oppdragsgiver ofte være interessert i at flest mulige kontrakter tilfaller nasjonale og regionale tilbydere. Både av hensyn til handelsbalansen og som et sysselsetningstiltak<sup>59</sup>. En annen og mindre aktverdige grunn kan være, at man ønsker å tildele en kontrakt på bakgrunn av korrupsjon.

#### 3.1.2.1 Manipulering av kontraktsverdiene gjennom valg av beregningsmetode

Ved beregningen av anskaffelsens verdi, skal man basere seg på den samlede anslåtte verdi på kunngjøringstidspunktet jmf. forskriftens §2-3 (1). Grunnen til at man må basere seg på et estimat er at valget av anskaffelsesprosedyre må foretas før man har fått "sluttrekningen". Hvis ikke verdianslaget da er foretatt i god tro, vil dette kunne medføre at man faller under terskelverdiene, og følgelig bli sanksjonert. Uansett hvilken metode man benytter for å beregne kontraktens verdi, kan ikke denne være utformet i den hensikt å komme under de aktuelle terskelverdiene, se forskriftens §2-3(2)<sup>60</sup>. I sak 2003/184 (Factor Insurance Brokers Bergen AS) kom KOFA til at i et innkjøpssamarbeid mellom flere kommuner skulle man legge verdien av kommunenes felles anskaffelser til grunn og ikke beregnes etter prisen for hver enkelt kommunes innkjøp<sup>61</sup>.

#### 3.1.2.2 Manipulering av kontraktsverdiene gjennom valg beregningsgrunnlag

De samme hensynene begrunner forbudet mot å dele opp kontrakter i mindre deler i den hensikt å komme under terskelverdiene jmf forskriftens §2-3(3). Hensynet bak denne bestemmelsene er å forhindre omgåelse av regelverket. Lovens §5(5)c gjentar dette forbudet. Det må presiseres at en oppdragsgiver ikke er forpliktet til å kjøpe alt med en gang, men velger han å dele opp anskaffelsen, gjelder det særlige regler. Er anskaffelsene å anse som

---

<sup>57</sup> Se nytt direktiv art9 pkt1

<sup>58</sup> I EU direktivene er grensene 200.000 ECU for varer og tjenester, mens det for bygge- og anleggskontrakter er grensen 5 000 000 ECU. Se Bygge- og anleggsdirektivet93/37 art.6 nr 1, Varedirektivet93/36 art5 nr 1a) og Tjenestedirektivet92/50 art7 nr 1. ECU var forløperen til Euro, og annethvert år blir verdiene regnet om til NOK, denne terskelverdien ligger deretter fast i en to års periode. I det nye direktivet, er tersklene hevet til 52 432 800 NOK for bygge- og anleggskontrakter og for varer og tjenester 2 091 600NOK ved kurs EUR/NOK 8,4. Se nytt direktivet art 7.

<sup>59</sup> Sammenlign dette med sosialøkonomiskteori, John Maynard Keynes (1883-1946) i boken "The general theory of employment, interest and money. (1936)". Hvor et av hovedbudskapene er at økt etterspørsel av varer og tjenester fra det offentlige vil få ned arbeidsledigheten.

<sup>60</sup> Se Tjenestedirektivet92/50 art7 nr 3, Varedirektivet93/36 art5 nr 6 og Bygge- og anleggsdirektivet93/37 som ikke har en tilsvarende bestemmelse ang beregningsmetoden men hvor man muligens kan utlede en tilsvarende regel ut av art6 nr 4 som forbyr strategisk oppdeling av kontrakten i den hensikt å komme under terskelverdiene. Se det nye direktivet art9 pkt7 siste ledd

<sup>61</sup> se premiss 48.

ensartede og det vil bli foretatt tildeling av flere enkeltkontrakter samtidig, skal hele den anslåtte verdi legges til grunn jmf. forskriftens §2-3(5). Om en kontrakt skal anses som ensartet må bero på en konkret helhetsvurdering, hvor det særlig er aktuelt å legge vekt på markedsforholdene. "...dersom ytelsene i det vesentlige kan leveres fra en og samme leverandør, taler dette for at de er å anse som ensartede"<sup>62</sup>.

I KOFA sak nr 2003/73 (Fredrikstad kommune) ble 14 transportoppdrag fra samme oppdragsgiver til samme transportør, ansett for å være en enkelt kontrakt som oversteg terskelverdien på 200 000. Følgelig kunne ikke oppdraget foretas som en direkte anskaffelse. Det ble lagt særlig vekt på at de 14 transportoppdragene rettet seg inn mot samme leverandørmarked. Samtidig var verken "geografiske forhold eller forskjellen i avfallstyper eller kjøretøy er av en slik art at det er tale om forskjellige typer tjenestekontrakter". På denne bakgrunn kom KOFA til at det var snakk om ensartede tjenester.

I EF-domstolens sak C-411/00(Felix Swoboda) var problemstillingen knyttet til oppdeling av tjenestekontrakter<sup>63</sup>. Det ble i denne forbindelse henvist til formålet bak oppdelingsforbudet og i premiss 58 uttalt: "...hvor der foretages *en kunstig opdeling* af aftalen, er dens [Tjenestedirektivet 92/50 art 7 nr 3] formål, nemlig ønsket om at undgå enhver risiko for manipulation, også til hinder for, at en ordregivende myndighed *kunstigt samler* forskellige tjenesteydelser i én og samme aftale med det ene formål at undgå, at samtlige direktivets bestemmelser finder anvendelse på denne aftale."(min kursivering). For å avgjøre om det foreligger en kunstig oppdeling av avtalen, må man ta utgangspunkt i hva som er vanlig fremgangsmåte i det aktuelle markedet sett i forhold til ytelsens karakter.

Forbudet mot at oppdragsgiver "kunstigt samler forskjellige tjenesteydelser", vil også begrense adgangen til å foreta bunting anskaffelser<sup>64</sup>. Bunting innebærer i utgangspunktet en mulighet for oppdragsgiver til å skreddersy kvalifikasjonskrav, på en måte som forfordeler den foretrukne leverandør. Bunting foreligger når det stilles krav om at leverandøren skal levere flere ytelser, og disse ytelsene ikke hører naturlig sammen. For eksempel om det i ett bygge- og anleggsprosjekt stilles krav om håndverkertjenester i kombinasjon med rengjøringstjenester. Dette vil da medføre at håndverkere må finne seg underleverandører/partnere innenfor renholdsbransjen for å kunne levere et tilbud. Denne måten å stille krav på vil kunne medføre at enkelte leverandører får store konkurransefortrinn, eventuelt at de er de eneste som er i stand til å møte kvalifikasjonskravene.

---

<sup>62</sup> Se NOU 1997:21 s121. Samt Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentartutgaven s159. Videre oppstiller Peter Lund Meyer i boken "EU's udbudsregler" tre momenter for om det forligger en likeartet anskaffelse. Det skilles mellom; 1) Ytelsenes objektive likhet, det er kun hvor ytelsene er "tilnærmelsesvis identisk" at regelen kommer til anvendelse. 2) Tidsforløpet mellom anskaffelsene. Her vil hensyn som oppdragsgivers behov på innkjøpstidspunktet, tilbud i markedet med mer. 3) Organisatoriske vurderinger, hvor underordnede forvaltningsorganers frihet til selv å foreta egne anskaffelser. Det er videre uttalt at det avgjørende er om den "pågjældende ytels udgør en naturlig enhed".

<sup>63</sup> Når det gjelder tjenester skiller dette systemet seg i fra de to andre kontraktstypene. Her må man skille mellom prioriterte og ikke prioriterte tjenester, deretter kommer terskelverdiene til anvendelse. Prioriterte tjenester over terskelverdien følger forskriftens del II, mens prioriterte tjenester under terskelverdien følger del III. Uprioriterte tjenester følger alltid del III uavhengig av anskaffelsenes størrelse, hvis anskaffelsen er over terskelverdien, så gjelder forskriftens §§5-2 og 6-3 i tillegg. Jmf. forskriften §2-1(2) og (3). Grunnen til at man har valgt denne løsningen er at prioriterte tjenestene er mer egnet for konkurranseutsetting enn uprioriterte og derfor mer egnet til å bli underlagt forskriftens del II. Men dommen vil ha gyldighet for tolkningen av oppdelingsforbudet generelt, siden vurderingen av hvilken anskaffelsesprosedyre som skal følges avhenger av hvilken del av tjenesteanskaffelsen, den prioriterte eller den uprioriterte, som er den dyreste. Se Tjenestedirektivet 92/50 art10 jmf. forskriftens §2-6(2)

<sup>64</sup> På engelsk brukes betegnelsen "Bundeling",

Ved tildeling av bygge- og anleggskontrakter samt tjenester er utgagnspunktet at alle delarbeider som følger av ytelsen, skal inngå i totalbeløpet jmf. forskriftens §2-3(4). En oppdragsgiver kan altså ikke dele opp kontrakten slik at delarbeid blir å anse som en enkelt kontrakt i forhold til den aktuelle terskelverdi.

At ”oppdelingsforbudet” ikke er ubegrunnet kan illustreres med artikkelen i avisa Nordlys den 29 november 2004, hvor det i forbindelse med nytt skolebygg ble uttalt, ”Vi har delt opp byggingen av skolen i flere mindre entrepriser. Det er for å gjøre det mulig å gi flere kontrakter til det lokale næringslivet, sier arkitekt Jens Kroer...”. Videre skrives det, ”Fylkesordfører kandidat Pål Julius Skogholt i Troms SV mener det bør være en bevisst strategi å «lure» EØS-regelverket som gjør at store oppdrag må ut på anbud i hele EØS-området.<sup>65</sup>”.

Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor oppsplitting av kontrakten i mindre delkontrakter vil kunne fremme formålet om mest mulig konkurranse. Nemlig i de tilfellene hvor kontraktene er så store at bare få leverandører har kapasitet til å lever ytelsen. I disse tilfellene vil en oppsplitting gi mindre leverandører muligheter til å konkurrere, og denne økte konkurransen ivaretar lovens formål<sup>66</sup>. Når kontrakter blir så store at kun ”de største” har kapasiteten, vil også delkontraktene være så store at de overstiger terskelverdiene. Som igjen fører til økt konkurranse, men på et lavere nivå.

Ved både tjenester samt bygge- og anleggskontrakter vil oppdraget ofte bestå av delarbeider. Dette medfører en ytterligere komplisering. Hovedregelen er klar nok, når en bygge- og anleggskontrakts sammenlagte verdi overstiger terskelverdiene, kommer forskrifts del II til anvendelse på alle delarbeider<sup>67</sup>. Det samme gjelder for prioriterte tjenester over terskelverdien<sup>68</sup>.

### 3.1.2.3 Manipulasjon av kontraktsverdien gjennom bruk av oppgjørsformer

Det er ikke mulig å unndra en evig eller langvarig kontrakt i fra regelverket, med begrunnelsen at de månedlige/periodiske motytelsene ikke overstiger terskelverdien. Disse tilfellene vil ”48-måneders regelen”, i forskriftens §2-3(6), regulere. Den medfører at man skal multiplisere det månedlige vederlaget med 48 i de tilfellene hvor ytelsene er forutsatt

<sup>65</sup> <http://www.nordlys.no/nyheter/article739404.ece>

<sup>66</sup> Jmf. loven §1 sml §5(2)

<sup>67</sup> Jmf. Forskriftens §2-1(3)

<sup>68</sup> Derimot er det et unntak for tjenestekontrakter som ikke overstiger 600.000 kroner (Se Tjenestedirektivet 92/50 art 7 nr 4) og bygge- og anleggskontrakter som ikke overstiger 7.700.000 kroner (Se Bygge- og anleggsdirektivet 93/37 art 6 nr 3), som er å anse som delarbeid i forhold til en hovedanskaffelse som faller over terskelverdiene. Hensikten med denne regelen er å skape enklere prosedyrer for mindre delarbeider, samt redusere transaksjonskostnadene. Disse delanskaffelsene kan inngås etter forskriftens del III dersom disse arbeidene ikke overstiger 20% av tjenestens eller bygge- og anleggsarbeidets sammenlagte verdi, jmf. §2-2(3). Denne bestemmelsen kan medføre at oppdragsgiver kommer i en posisjon hvor han har to delkontrakter som begge isolert sett (under 7.700.000 kroner evt 600.000 kroner) kan gå etter forskriftens del II, men hvor begge disse kontraktene samlet utgjør mer enn 20% av den samlede verdi. Utgangspunktet er da at oppdragsgiver kan velge hvilke av anskaffelsene som skal gå etter del II, den andre delanskaffelsen må gå etter del III (Se Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentartutgaven s155). Denne friheten må oppdragsgiver ikke bruke på en måte som vil være uforenelig med regelverkets generelle regler. Et eksempel, om en oppdragsgiver i en slik valg situasjon, velger å foreta en direkte anskaffelse på det området hvor det en minst sjanse for at lokale leverandører ville vunnet en anbudskonkurranse, og samtidig kunngjøre en anbudsrunde på den anskaffelsen hvor lokale leverandører har gode muligheter for å vinne kontrakten, vil dette etter mitt syn være i strid med de grunnleggende reglene herunder kravet til likebehandling.



prestert lenger enn 48 måneder. I direktivene<sup>69</sup> brukes formuleringen ”månedlige værdi”, mens forskriftens bruker formuleringen ”månedlige vederlag”. Man kan stille spørsmålet om ordlyden i forskriften tar stilling til kvartalsvise oppgjør, siden ordet ”vederlag” trekker mer i retning av ”overføring”. Denne språkforskjellen kan ikke være avgjørende, når forskriften tolkes med direktivene i bakgrunnen. Etter mitt syn, må det riktige være å dele det kvartalsvise beløpet på tre for deretter å regne ut ”48-måneders beløpet”.

Videre er det begrenset adgang til å omgå regelverket ved å avtale forskjellige betalingsformer ved vareanskaffelser. Dette har sammenheng med den vide definisjonen av ”varekontrakt” jmf. forskriftens § 1-4 b<sup>70</sup>.

Verken varedirektivet eller forskriften sier noe spesifikt om bytte som oppgjørsform. Generelt kan man si at all form for kommersiell aktivitet, forutsetter et bytteforhold. Det er et krav om at en ”kontrakt”<sup>71</sup> skal være gjensidig bebyrdende. Det sies altså ikke noe om hva motytelsen skal bestå i. Normalt vil det være snakk om kontant betaling, men jeg kan ikke se at formuleringen alene utelukker bytte som oppgjørsform. En annen sak, er at dette neppe er særlig praktisk ved anskaffelser av varer<sup>72</sup>.

Også regelen om at anskaffelsen pluss alle kjøpsopsjoner, som kan gjøres gjeldende etter opsjonen, skal inngå i beregningsgrunnlaget, jmf. forskriftens § 2-3 (9), vil utelukke muligheten for omgåelse gjennom bruk av opsjoner for å komme under terskelverdiene.

### 3.1.3 Oppsummering

Alt i alt er det sterkt begrenset adgang til å manipulere anskaffelses verdien i den hensikt å komme under de aktuelle terskelverdiene. Oppdragsgiver må således finne grunnlag for sitt leverandørvalg på andre områder.

## 3.2 Rammeavtaler

Rammeavtaler er verken regulert i forskriften, loven eller i direktivene som utgjør klassisk sektor. Derimot er de definert i forsyningsforskriften §9(1) som; ”en avtale som inngås mellom en oppdragsgiver...og én eller flere leverandører og som har til formål å fastlegge vilkårene, særlig med hensyn til priser og eventuelt planlagt mengde, for kontrakter som skal tildeles i løpet av en viss periode.”<sup>73</sup>. Visse typer rammeavtaler vil ha likhetstrekk med en kjøpsopsjon. Det tradisjonelle synet er at bare rammeavtaler som forplikter oppdragsgivere er omfattet av forskriften, da det kun er i slike situasjoner at kravet til ”gjensidig bebyrdende avtale”, jmf. forskriftens § 1-4a, vil kunne sies å være oppfylt<sup>74</sup>. Etter dette vil regelverket kun komme til anvendelse når rammeavtalen inngås, og ikke når det blir foretatt avrop.

Det som gjør rammeavtaler problematiske er at oppdragsgiver ofte binder seg til en leverandør for en lengre tidsperiode. På den måten blir konkurransen begrenset, slik at en

<sup>69</sup>Se Varedirektivet 93/36 art 5 nr 2 andre strekpunkt. Se Tjenestedirektivet 92/50 art 7 pkt 5 første strekpunkt. Se nytt direktiv art 9 pkt 6 litra b) og pkt 8 b)ii).

<sup>70</sup> ”...leasing eller leie med eller uten rett til kjøp av varer.” Sml Varedirektivet 93/36 art 1

<sup>71</sup> Jmf.. forskriftens § 1-4 a. og Varedirektivet 93/36 art 1, Bygge- og anleggsdirektivet 93/37 art 1a. og Tjenestedirektivet 92/50 art 1a

<sup>72</sup> Se de særlige reglene knyttet til bygge- og anleggskonsesjon hvor det nok kan sies å foreligge et mer klassisk bytteforhold.

<sup>73</sup> I NF92 er rammeavtale i artikkel 1q) definert: ”Rammeavtale betyr en avtale om en leveranse inngått av Selskapet hvor forpliktelser mht. leveranseomfang og leveringstidspunkt ikke er spesifisert”.

<sup>74</sup> Se Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentartutgaven s119

leverandør gis en tidsbestemt monopolsituasjon. I KOFA sak 2003/16 (St. Olavs hospital.) ble en rammeavtale med varighet på 8 år underkjent fordi, ”anskaffelsen [i] kombinasjonen [med bruk]av kontrakt og opsjoner over et tidsrom på inntil 8 år *i realiteten virke så begrensende på konkurransen* at klagenemnda mener at dette vil være i strid med i lov om offentlige anskaffelser §5 annet ledd.” (Min kursivering). Når rammeavtaler strekker seg over flere år, er det tatt til orde for å anvende 3 års fristen i forskriftens §4-3 f og i, analogisk for på den måten å oppstille en maksimalperiode på rammeavtalers varighet<sup>75</sup>. I det nye direktivets art.32.2.fjede ledd. er det en hovedregel om at rammeavtalene ikke må ha lenger varighet enn fire år.

En upresis rammeavtale vil kunne være uforenelig med regelverket. I KOFA sak 2003/38(Norsk Sykepleiertjeneste) var det flere sentrale punkter i rammeavtalen som ikke var avklart før eventuelle avrop. Dette ble ansett å være ”en ”uferdig” konkurranse” og klagenemnda kunne ”ikke se at de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i loven §5 er oppfylt. Dette *endres ikke selv om priser og tjenestens art er angitt* i rammeavtalene, og heller ikke av om det skulle være et særlig behov for fleksibilitet for denne type anskaffelse” (Min kursivering). KOFA la her vekt på helheten av ytelsene og ikke hvilke som må anses som mer sentrale enn andre. Særlige krav til fleksibilitet ble avvist, muligens fordi et slikt moment lett kunne bli misbrukt.

Om det er uklart hva motytelsen fra oppdragsgiver skal bestå i, vil det ofte være usikkert om rammeavtalen oppfyller kravet til ”gjensidig bebyrdende avtale” jmf. forskriftens § 1-4 a. Dette gjelder særlig ved rammeavtaler som fremstår som en kjøpsopsjon. Disse tilfellene er omtvistet<sup>76</sup>. I det nye direktivets artikkel 32 er det tatt inn detaljerte regler om rammeavtaler.

### 3.3 Adgangen til å kunngjøre anskaffelser på strategiske tidspunkt

På visse tidspunkt vil leverandørene ha forskjellig leveringsmuligheter, dette kan tenkes å bli utnyttet som et virkemiddel for sikre at foretrukne leverandører får kontrakten. For å hindre at det blir foretatt kunngjøring på ”taktiske” tidspunkt, er det inntatt regler om at oppdragsgivere må foreta en veiledende kunngjøring, jmf. forskriftens §6-1 (2)<sup>77</sup>. En slik kunngjøring vil medføre at enkelte tilbydere får bedre tid til å forberede et fremstøt mot kontrakten. Samtidig som oppdragsgiverens muligheter for å overraske markedet, reduseres. Denne veiledende kunngjøring forplikter ikke oppdragsgiver til å iverksette anskaffelsen. Hensikten bak er kun å informere markedet. Oppdragsgiver skal foreta en slik veiledende kunngjøring ”dersom [bygge- og anleggs-] kontraktene har en antatt verdi på minst 38,55 mill. kroner eks. mva”, jmf. forskriftens §6-1(2). En tilsvarende regel finnes i (1) for anskaffelser av varer og prioriterte tjenester, hvor terskelen er satt til 5,75 mill. kroner eks. mva. Legg merke til at ordlyden i (2) taler om ”kontrakter” og i (1) ”anskaffelser innenfor hvert produktområde eller tjenesteområde”, altså flertall. Dette innebærer at ”man må se hen til den samlede verdi av relevante”<sup>78</sup>. Etter EF-domstolens sak C-225/98(Nord-Pas de Calais) basert på en fortolkning av Bygge- og anleggsdirektivet93/37 art11, foreligger det ikke en plikt til å foreta en slik veiledende kunngjøring. Etter forskriftens §6-1(2) er det gjort obligatorisk. Dette er et eksempel på at den norske utgaven er gjort mer restriktiv enn det Norge er folkerettslig forpliktet til.

<sup>75</sup> Se Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentartutgaven s124

<sup>76</sup> Se Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentartutgaven s120-121

<sup>77</sup> En tilsvarende regel finnes ikke i forskriftens del III

<sup>78</sup> Se Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentartutgaven s345

## 4 Begrensninger i de krav som kan stilles

### 4.1 Innledning

En oppdragsgiver vil stille krav til selve ytelsen, dette blir behandlet i 4.2. Oppdragsgiver vil videre stille krav til dem som skal forestå ytelsen, for på den måten sikre at ytelsen blir av god kvalitet. Dette blir behandlet i 4.3. Begge deler er regulert i regelverket og påvirker leverandørvalget slik at en leverandør som ikke tilfredstiller kravene, ikke vil få kontrakten. Disse kravene må være inntatt i konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget er et dokument som inneholder informasjon om hvilken ytelse som skal anskaffes, og hvordan konkurransen skal gjennomføres<sup>79</sup>. Ved alle konkurranseformer skal det utarbeides et konkurransegrunnlag. Plikten til dette fremgår ikke spesifikt av forskriften, men flere bestemmelser forutsetter dette<sup>80</sup>.

Som vi skal se nedenfor, er det primære tildelingskriteriet<sup>81</sup> ”Økonomisk mest fordelaktige tilbud” tolket slik at det er adgang til å trekke inn momenter som ikke bare er av økonomisk karakter. Det nye direktivet åpner for en økt adgang til å legge vekt på ikke økonomiske hensyn<sup>82</sup>.

Jeg har valgt ut en del praktiske krav som er egnet til å vise disse generelle reglene. Kravene som behandles er på ingen måte en uttømmende oppstilling av hvilke krav det er adgang til å stille.

### 4.2 Krav til leverandøren

Forskriftens §5-5(1) tillater at oppdragsgiver, for å sikre leverandørenes egnethet til å oppfylle kontrakten, stiller visse krav til deltagerne i konkurransen. Bestemmelsen nevner særlige objektive kriterier som skal legges til grunn ved vurdering av leverandørenes tekniske kvalifikasjoner. Videre må kravene stå i forhold til den ytelsen som skal anskaffes, samt sikre at leverandøren er i stand til å oppfylle sine eventuelle kontraktsforpliktelser, se (2). Kravene kan ikke utformes på en slik måte at de diskriminerer leverandører på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet.

Oppdragsgivere har således betydelig frihet til å fastlegge nivået på kravene, men regelverket gir bestemte føringer for hvilke typer krav som kan stilles til leverandørene samt hvordan disse kan kreves dokumentert. Formålet med reglene er å unngå at oppdragsgiver benytter krav som favoriserer bestemte leverandører.

---

<sup>79</sup> jmf. §5-1(1) a og §12-1(1) a begge steder første punktum.

<sup>80</sup> §§5-1, 5-2, kapittel 7, §§8-5(2), 8-6(3), 9-1 (2) bokstav b og 9-3(1), Se Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentartutgaven s255

<sup>81</sup> Ang begrepsbruk se pkt1.5

<sup>82</sup> Se art23 og fortalen pkt29 og 33.

#### 4.2.1 Tekniske kvalifikasjoner og dokumentasjon

Oppdragsgiver kan stille krav til leverandøren, jmf. forskriftens §5-5(1). I (1)2pkt. nevnes visse foretrukne objektive kriterier, oppdragsgiver har en særlig plikt til å anvende disse jmf. ordet ”skal”. Man kan stille krav utover de nevnte, forutsetningen er at de krav som stilles må stå i forhold til den ytelsen som kreves jmf. forskriftens §5-5(2). I tillegg vil behovet for å stille krav øke i takt med anskaffelsens kompleksitet. Dette innebærer en saklig begrensning av de krav som kan stilles. Listen i § 5-11 om ”Dokumentasjon av leverandørens tekniske kvalifikasjoner” har blitt ansett å utgjøre ytterligere en begrensning for hvilke krav som kan stilles til leverandøren<sup>83</sup>. I samme retning uttales det i KOFA sak 2003/31 ”Basert på de *kvalitative temaer* som fremgår av § 5-11, kan oppdragsgiver stille krav til leverandørens tekniske kvalifikasjoner etter § 5-5.” Dette innebærer at det i utgangspunktet kun kan stilles krav som kan dokumenteres oppfylt gjennom de momentene som er nevnt i forskriftens §5-11. Dog med en reservasjon for bevis knyttet til leverandørens tekniske kapasitet til å oppfylle miljøsertifiseringer<sup>84</sup>, slik som EMAS.

Et særlig spørsmål er om det kan stilles ytterligere krav til dokumentasjon av leverandørens kvalifikasjoner enn det som fremgår av §5-10 og §5-11. Når det gjelder §5-10 følger svaret direkte av formuleringen i første setning som lyder ”kan følgende referanser godtas”, samtidig som (2) tillater at oppdragsgiver krever andre bevis<sup>85</sup>. Om §5-11 er det uttalt at kravlisten må anses å være uttømmende. Se EF-domstolens sak 76/81 ble det fremholdt i konklusjonen at ”...direktiv 71/305 skal fortolkes således, at det er *til hinder for*, at en medlemsstat kræver, at en bydende, der er bosat i en anden medlemsstat, skal føre bevis for, at han oppfylder de kriterien for hæderlighed og fageligdygtighed, som er opregnet i direktivets artikler 23-26, *ved hjælp af andre midler* – f eks. en tilladelse til etablering \_ *end de, der er oppregnet i direktivets bestemmelser.*” (Mine kursiveringer).

For å oppfylle de krav som stilles, kan tilbyder henvise til selskaper hvor han disponerer den tekniske kompetansen. Et morselskap har altså krav på å bli vurdert ut i fra hva konsernet kan prestere. Dette følger av EF-domstolens sak C-197/98. Hvor det i konklusjonen uttales, ”en tjenesteyder efter...., *kan henvise til andre virksomheders kvalifikationer*, uanset hvorledes han retligt er forbundet med dem, såfremt han kan bevise, at han *virkeligt råder over de af disse virksomheders ressourcer*, der er nødvendige for at opfylde aftalen.” (Mine kursiveringer)<sup>86</sup>.

#### 4.2.2 Krav til leverandørens økonomiske stilling

En oppdragsgiver vil ha en egeninteresse i leverandørens økonomiske stilling, da dette vil sikre fremdriften i prosjektet. Videre vil det være en garanti for at leverandøren ikke går konkurs under arbeidet, eller at det oppstår forsinkelser som følge av uteblitte lønnsutbetalinger. At oppdragsgiver stiller krav til leverandørens økonomiske stilling er ikke et særegent fenomen ved offentlige anskaffelser. Dette kravet finnes i flere kontrakter, da ofte i kombinasjon med garantier fra tredjeperson<sup>87</sup>. Blir ikke kravene møtt, vil ikke leverandøren få delta i konkurransen.

<sup>83</sup> Se Generaladvokatens uttalelse forut for EF-domstolens sak 31/87(Beentjes) Premiss 29, Se også Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentartutgaven s287

<sup>84</sup> Se Hans Petter Graver i Lov og rett nr 3 2001 s142

<sup>85</sup> Se også EF-domstolens saker 27-29/86 (Sei og Bellini)

<sup>86</sup> I samme retning EF-domstolens sak C-389/92(Ballast) premiss 17

<sup>87</sup> Se NF 92 art 21.1

Adgangen til å stille disse kravene er presisert i forskriftens §5-5(1). §5-10(3). Her legges det opp til et fleksibelt system med tanke hvilke bevis leverandøren kan føre for sin økonomiske stilling. Dette er dog under forutsetning av at oppdragsgiver ” kan akseptere ” de andre dokumentene. Ordlyden antyder at oppdragsgiver har stor grad av frihet. I dansk utgave brukes den litt ”mykere” formuleringen ”... finder egnet.”. I engelsk utgave brukes også en litt ”mykere” formulering nemlig ”... considers appropriate.”, og i svensk utgave brukes ”... anser lämpligt.”<sup>88</sup>. Ordlyden i den norske utgaven er, etter mitt syn, i litt for stor grad prisgitt oppdragsgivers skjønn. Oppdragsgiver kan uansett ikke avvise alternativ dokumentasjon uten saklig grunn<sup>89</sup>.

Man står da overfor den situasjon at listen med kravsdokumentasjon tilknyttet leverandørens økonomiske stilling ikke er å anse som uttømmende, mens listen over hvilke dokumenter som kan fremlegges for å bevise tekniske kvalifikasjoner<sup>90</sup>, er uttømmende. Dette er et paradoks. Det har i teorien vært hevdet at EF-domstolen har understreket anskaffelsesdirektivens ikke-uttømmende karakter<sup>91</sup>, og at dette skulle føre til den fortolkning at både listen i §5-10 og §5-11 skal anses å være uttømmende.

Videre kan ikke disse kravene være utformet på en slik måte at de diskriminerer på grunnlag av nasjonal eller regional tilhørighet, jmf. tredje ledd. Denne bestemmelsen gjentar det som allerede er sagt i forskriftens § 3-1(3) og lovens § 5(5) a<sup>92</sup>. Etter dette vil jeg anta at det å kun godta bankerklæringer fra nasjonale banker vil representere et brudd på regelverket.

#### 4.2.3 Krav til eierskap

Oppdragsgiver vil kunne ha en egeninteresse i helt eller delvis å eie og kontrollere en tilbyder. Både av hensyn til kontroll med produksjonsprosessen samt økonomiske hensyn<sup>93</sup>. Denne problemstillingen må sees i forbindelse med spørsmålet om regelverket kommer til anvendelse ved prosjekter foretatt i egenregi sml. pkt2. Da med den forskjell at tilbyderen i egenregi tilfellene, er kontrollert av det offentlige *før* kontrakten utlyses, mens det i dette tilfellet er tatt inn som et krav.

I EF-domstolens sak C-272/91(Lottomatica)<sup>94</sup> ble det stilt som krav til tilbyderne at de skulle ”kontrolleres af det offentlige”. Dette ble ansett for å være i strid med art 17-25 i Tjenestedirektivet 77/62, samt i strid med traktatens artikkel 52 og 59 om henholdsvis etableringsfriheten og den frie utveksling av tjenester. I tillegg ble den aktuelle klausulen ansett å være en importrestriksjon i strid med EF-traktaten art 30<sup>95</sup>. I EF-domstolens sak 3/88 hadde en tilsvarende problemstilling blitt forelagt domstolen, også her var blitt konstatert brudd på regelverket.

Et krav om at tilbydere skal være kontrollert eller eid av det offentlige vil etter dette ikke kunne opprettholdes.

---

<sup>88</sup> Se Varedirektivet 93/36 art 22 (3) alle tre stedene.

<sup>89</sup> Se Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentartutgaven s309

<sup>90</sup> Se punkt 4.2.1 annet avsnitt

<sup>91</sup> Se Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentartutgaven s312 og EF-domstolens saker C-513-/99(Concordia), 31/87(Bentjes) og 27-29/86

<sup>92</sup> Dog slik at lovens ordlyd ikke inneholder et diskrimineringsforbud på grunnlag av regional tilknytning.

<sup>93</sup> For eksempel og kunne ”ta en del av kontraktsummen tilbake” i form av utbytte, eller som et middel for å ivareta distriktpolitiske hensyn.

<sup>94</sup> Saken gjaldt innkjøp av datasystem til den statlige lotteridriften.

<sup>95</sup> Artikkel 28 etter dagens traktat, sml EØS-avtalens art11.

#### 4.2.4 Krav om nasjonal og lokal tilhørighet

Pliktsubjektene vil ofte ha en interesse i at flest mulige kontrakter tilfaller nasjonale og regionale tilbydere, av hensyn til handelsbalansen, distriktpolitikk og sysselsetting<sup>96</sup>. Problemstillingen er i hvilken grad regelverket begrenser oppdragsgivers mulighet til å fordele nasjonale/lokale tilbydere.

Problemstillingen er regulert i lovens §5(5)a og i forskriften §§5-5(3) og 12-5(3). Det klare utgangspunktet er at det ikke er adgang til å fordele nasjonale tilbydere<sup>97</sup>. Lovens forbyr ikke fordeling av lokale tilbydere, i motsetning til forskriften. Dette medfører tolkningsspørsmål. Sett i et internasjonalt perspektiv, vil disse to vilkårene være likesilt da fordeling av en region samtidig innebærer forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. Som et resultat av dette har man måttet forby fordeling av lokale tilbydere i det nasjonale regelverket. Dette forklarer likevel ikke hvorfor man har valgt ulik ordlyd. Jeg antar at denne forskjellen er utilsiktet.

I KOFA sak 2003/109 (SiO) ble det stilt krav om at leverandørene måtte ha kontor i Oslo. Til dette ble det uttalt; "... vil være en diskriminering av leverandører som ikke har kontor i Oslo, og således være i strid med [forskriftens § 3-1 (3)]". I samme retning går KOFA sak 2003/126 "Innklagede har vektlagt tilgang til lokal prosjektorganisasjon i Oslo/Akershus ved utvelgelsen. Kriteriet *er vanskeligere å oppfylle for utenlandske leverandører*, og innklagede har ikke godtgjort noen saklig grunn for en slik diskriminering. Innklagede har således brutt forbudet mot diskriminering på nasjonalt grunnlag i lov om offentlige anskaffelser § 5"(Min kursivering)<sup>98</sup>

Derimot ble det i KOFA sak 2003/61 ikke konstatert brudd på forbudet. Det ble der uttalt; "Når innklagede eksplisitt har omtalt forskjeller ved tilbudenes lokale tilhørighet i evalueringsinnstillingene, skaper dette uklarhet med hensyn til om diskrimineringsforbudet er overholdt. *Samlet sett* er likevel nemndas inntrykk at innklagede ikke har forskjellsbehandlet tilbyderne, og klagenemnda finner ikke at det er sannsynliggjort at innklagede har lagt vekt på lokal tilhørighet i strid med diskrimineringsforbudet i forskriften § 3-1." (Min kursivering) Det skal legges til at det her dreide seg om medisinsk behandling og at nærheten til pasientene vil kunne være et saklig hensyn. Dette åpner en mulighet for sakelig forskjellsbehandling, basert på geografiske hensyn.

I EF-domstolens sak C-243/89(Storebeltsaken), var det et krav om at "Entreprenøren er forpliktet til i størst mulig omfang at anvende danske materialer og forbrugsgods, dansk arbeidskraft og materiel."<sup>99</sup>. Dette ble ansett som et brudd på regelverket, og er en klar

---

<sup>96</sup> Se punkt 3.1.2. første avsnitt

<sup>97</sup> Sml EØS-avtalen art4

<sup>98</sup> Sml KOFA sak nr 2003/128 (Avinor/parkeringsutstyr) Hvor det ble uttalt; "Det å være etablert i det norske marked fra før av, skal ikke føre til slike fordeler at det i realiteten utestenger utenlandske konkurrenter". Sml også KOFA sak 2003/136 (Helse Vest) hvor det faktum at et begrenset antall leger innenfor Helse Vest hadde fått særavtale med helseforetaket ansett å utgjøre en diskriminering av leverandører på grunnlag av lokal tilhørighet. Dette ble ansett at "Det aktuelle kravet vil i praksis først og fremst kunne oppfylles av de leverandører som er lokalisert innenfor innklagedes geografiske område." Og dette utgjorde diskriminering. I Rt. 2001 side 1062 (Nucelus) unngikk førstvoterende å ta stilling til om et krav om nærhet til byggeplassen utgjorde et brudd på forbudet mot nasjonal/lokal fordeling. Det ble lagt vekt på at momentet ikke var tatt inn i konkurransegrunnlaget og dette utgjorde uansett brudd på regelverket.

<sup>99</sup> Se premiss 24, Sammenlign forøvrig dette med vilkårene som var inntatt i NS 92 artikkel 9.

forfordeling på grunnlag av nasjonalitet<sup>100</sup>. I EFTA-domstolens avgjørelse E-5/98(Fagtùn) ble det i kontrakten krevd at "roof elements are to be produced in Iceland"<sup>101</sup>. Dette var uforenelig med EØS-avtalens art 11 og 4. Om kravet fremkom i kontrakten eller i konkurransegrunnlaget hadde ingen betydning<sup>102</sup>.

Forfordelingen kan også skje på grunnlag av regional tilhørighet. I EF-domstolens sak 351/88(Mezzogiorno), som gjaldt Lazio området<sup>103</sup>, var det vedtatt en lov som påla offentlige myndigheter å forbeholde 30% av kontraktene for lokale leverandører. I saken ble det konstatert brudd både på innkjøpsdirektivet og på EF-Traktatens art 30 om kvantitative importrestriksjoner<sup>104</sup>.

Hovedregelen etter er at det ikke er adgang til å legge vekt på en tilbyders nasjonalitet eller lokale tilhørighet. Derimot vil geografisk nærhet i spesielle tilfeller være en sakelig hensyn.

#### 4.2.5 Språkkrav

I enkelte tilfeller, vil det bli stilt krav til at dokumentasjon skal være skrevet på norsk. Dette er det adgang til etter forskriftens §3-7.

Videre vil det i enkelte situasjoner være aktuelt å stille krav til visse språkferdigheter. Dette krav vil lettere kunne oppfylles av norske tilbydere og følgelig er det fare for diskriminering. Denne problemstillingen ble behandlet i EF-domstolens sak 379-87(Groener)<sup>105</sup> her ble krav om visse språkkunnskaper akseptert, så lenge kravet var proporsjonalt i forhold til det arbeidet som skulle utføres<sup>106</sup>. Groner var lærer og i forbindelse med dette arbeidet var språkkunnskap særlige relevant<sup>107</sup>.

Språkkunnskaper ble også akseptert i EF-domstolens sak C-281/98(Angonese). Hvor det i premiss 44 ble uttalt; "Selv om det således vil kunne være rettmessigt over for en ansøger til en stilling at *stille krav om sprogkundskaber på et vist niveau*,". Det som ikke var tillatt var å kun kreve en nasjonal attest som bevis for disse kunnskapene.

Særlige språkkunnskaper kan begrunnes ut i fra sikkerhetshensyn, dette gjelder spesielt i risikopreget arbeid, hvor særlige sikkerhets- og beredskapsmessige hensyn gjør seg gjeldende<sup>108</sup>.

Etter dette, må språkkrav vær proporsjonalt med det arbeidet som skal utføres. Videre kan det være grunn til å stille strengere krav til "nøkkelpersonell"<sup>109</sup> i leverandørens organisasjon og motsatt.

---

<sup>100</sup> I samme retning se sak C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., premiss 33, sak C-360/96, BFI Holding, premiss 42 og 43, og sak C-380/98, University of Cambridge, premiss 17.

<sup>101</sup> Premiss16

<sup>102</sup> Premiss31

<sup>103</sup> En region som "sliter økonomisk".

<sup>104</sup> Etter dagens traktat tilsvaret dette art28. sml EØS-avtalens art11

<sup>105</sup> Saken gjaldt "Fri flyt av arbeidskraft" men jeg mener den kan anvendes analogisk på vårt tilfelle, siden man i begge tilfellene befinner seg innenfor regelverk som regulerer "de fire friheter" innenfor fellesmakredet.

<sup>106</sup> Saken gjaldt en nederlandsk kunsthøyskole som måtte tilfredstille krav til Gailisk språk for å kunne undervise i Irland. Se premiss 19-20

<sup>107</sup> Se premiss20

<sup>108</sup> Se Finn Arnesen "Statelig styring og EØS-rettslige skranker" s440, ang "offshorearbeid".

<sup>109</sup> Typisk prosjektledere og arbeidsformenn

#### 4.2.6 Krav til organisering

En oppdragsgiver vil kunne ha en egeninteresse i at leverandørene er organisert i en spesiell selskapsform, særlig med tanke på risikofordeling og kommunikasjon. Forskriftens §5-7(1) 2-pkt.<sup>110</sup> oppstiller begrensninger i adgangen til å stille slike krav. Bakgrunnen må være at kravet "er nødvendig for å sikre en tilfredsstillende oppfyllelse av kontrakten". "Nødvendig" er i seg selv et strengt kriterium, i tillegg kreves det "tilfredsstillende oppfyllelse". Dette innebærer at kravet kun kan stilles, hvis det motsatte vil medføre en utilfredsstillende oppfyllelse. En annen sak er at leverandørene ofte vil etablere egne "joint ventures" sammenslutninger for å forestå ytelsen.

Krav om selskapsform kan kun stilles etter at kontrakten er tildelt, kravet må altså inntas i kontraktsvilkårene og ikke kravspesifikasjonene<sup>111</sup>.

Organisering vil ikke bare være aktuelt i forhold til selskapsformer, også krav til medlemskap i foreninger vil kunne oppstå. Et slik tilfelle var oppe i EF-domstolens sak C-225/98 (Nord-Pas de Calais). Her ble det stilt krav om medlemskap i en Fransk arkitektforening, EF-domstolen uttalte at dette, "udgør en forskelsbehandling i forhold til arkitekter i Fællesskabet"<sup>112</sup>. Dette ble ansett å være "en hindring for den frie udveksling af...tjenesteydelser".

I KOFA sak 2004/90 (Orgelsaken) ble det i premiss 22 uttalt: "... Det er heller ikke anledning til å kreve at leverandørene skal være medlem av noen orgelbyggerforening."

Konklusjonen blir at det ikke kan stilles krav til medlemskap i foreninger, men at det i visse tilfeller kan stilles krav om selskapsform.

#### 4.2.7 Krav til erfaring

##### 4.2.7.1 Krav til leverandørens erfaring

Oppdragsgiver er interessert i at leverandøren har mest mulig erfaring i å prestere den aktuelle ytelsen. I forskriftens § 5-5 (1) 2 pkt står det: "Vurdering av leverandørens tekniske kvalifikasjoner skal *særlig baseres på* kriterier som...erfaring..."(Min kursivering). Dette indikerer at oppdragsgiver har plikt til å legge vekt på leverandørens erfaring. Tolkes aktuell erfaring tolkes for snevert, vil dette kunne begrense konkurransen. Derfor er det i (2) et krav om at kravene som stilles, "skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres". Dette innebærer at erfaringen som kreves må være relevant for den ytelsen som skal presteres.

I KOFA 2003/109 (SiO) ble det stilt krav om at leverandøren skulle ha erfaring i å bygge studentboliger. Til dette ble det uttalt "Det kan ha vært saklig begrunnet å stille krav om erfaring fra studentboligprosjekter. Spørsmålet er om kravet står i forhold til den ytelse som skal leveres". Det ble svart benektende, da det ikke forelå noen vesentlig forskjell mellom det å bygge studentboliger og andre leiligheter. I KOFA sak 2003/31(Asker kommune) ble det krevd erfaring i å bygge skoler. Dette ble ansett å være forenelig med regelverket. Disse to

---

<sup>110</sup> Dette kravet gjelder ikke anskaffelser etter forskriftens del III.

<sup>111</sup> Det vil være adgang til å stille krav om at selskapsformen opprettholdes gjennom hele kontraktsperioden se EF-domstolens sak C-57/01 Premiss 63.

<sup>112</sup> premiss 87



sakene indikerer en grense for hvor spesifikk erfaring det kan kreves. Avgjørende vil ofte være hvor særegent prosjektet er, og hvor mye spesialkompetanse som kreves.

Konklusjonen blir at krav til erfaring må utformes slik at det er en streng saklig sammenheng mellom den ytelsen som skal presteres og den erfaring som kreves.

#### 4.2.7.2 Krav om oppdragsgivers erfaringer med leverandøren

I tillegg til tilbyders erfaring, kan det forekomme krav om at oppdragsgiver skal ha egenhendige erfaring med leverandøren. Om dette er det uttalt i KOFA sak 2004/203 premiss 27, ”Heller ikke tildelingskriteriet *Oppdragsgivers erfaring med tilbyder* er i tråd med regelverket. Når tildelingskriteriet utelukkende premierer leverandører oppdragsgiver har hatt erfaring med, innebærer dette en usaklig forskjellsbehandling mellom disse leverandørene og leverandører uten tidligere oppdrag for oppdragsgiveren.<sup>113</sup>” (Min understrekning). Om denne bestemmelsen er det uttalt at ”...hver anskaffelse må nullstilles på like vilkår for både gamle og nye leverandører<sup>114</sup>”

”Olje-direktivet”<sup>115</sup> art5.1) d) tillater at myndighetene kan legge vekt på visse negative erfaringer de måtte ha med leverandøren. De kan; ”tage enhver form for manglende effektivitet eller manglende ansvar.... i betraktning”. I tillegg er det i KOFA2003/66 akseptert at det ble lagt vekt på, ” Negative erfaringer med tidligere utført arbeid”.

Etter dette kan det ikke stille krav til at oppdragsgiver skal ha egne positiv erfaring med leverandøren. Men oppdragsgiver kan vektlegge egne negative erfaringer.

#### 4.2.7.3 Krav om tredjepersons erfaringer med leverandøren

Referanse er tredjepersons erfaringer med tilbyder, følgelig behandles det sammen med krav til erfaring. En leverandørs gode rykte i markedet er en indikasjon på at denne er en kompetent leverandør og motsatt. Følgelig vil en oppdragsgiver ha en egeninteresse i slike referanser. Forskriften regulerer ikke direkte spørsmålet om kravet til referanser.

I Rt 2001 s1062(Nucelus) blir det i henvisning til et skriv i fra ESA, hvor det uttales; ”bruk av referanser som utvalskriterium både i prekvalifiseringsomgangen og ved tildeling av anbud”... [anses å utgjøre brudd på regelverket]. Jeg er usikker på om det her siktes til forbudet i mot å vektlegge dette momentet to ganger, eller om momentet i seg selv er uforenelig med regelverket.

I EF- domstolens sak C-315/01(GAT) premiss 67, presiseres det at om vektingen av krav til referanser utformes som krav til leverandøren, eller som tildelingskriterier, vil innebære at de vurderes forskjellig. I dette ligger det underforstått en aksept av at det stilles krav til referanser. I samme retning kan også forskriftens §5-11(1)c1 tolkes. Her kan nye oppdragsgivere kreve at leverandøren presenterer en liste over tidligere arbeid samt oppgi navnet på tidligere oppdragsgiver. Det at navn kan oppgis kan tyde på at en ny oppdragsgiver, skal få muligheten til å kontakte tidligere oppdragsgivere for å utveksle erfaringer.

---

<sup>113</sup> Her var kravet til oppdragsgivers erfaring med leverandøren utformet som et tildelingskriterium, uten at dette medfører noen forskjell i forhold til drøftelsen. I samme retning se KOFA 2003/60 (Fredrikstad kommune)

<sup>114</sup> Kai Krüger i Lov og Rett nr 6/2004 s361

<sup>115</sup> Direktiv 94/22/EF

Etter mitt syn kan man ikke akseptere referanser kun i fra norske eller lokale tidligere oppdragsgivere. Da dette utgjør en skjult forfordeling av lokale eventuelt nasjonale tilbydere.

Konklusjonen er da at det er adgang til å stille krav om referanser.

### 4.3 Krav til ytelsen

#### 4.3.1 Spesifikasjonskrav

Tekniske spesifikasjoner er tekniske krav til ytelsen som beskriver den ønskede ytelse objektivt på en slik måte at den svarer til det formål oppdragsgiveren har bestemt<sup>116</sup>. Tekniske spesifikasjoner vil kunne representerer en mulighet for å ”skreddersy” spesifikasjoner slik at de passer enkelte leverandører bedre enn andre. Dette er forsøkt forhindret gjennom reglene i forskriftens §5-2(2) og lovens §5(5)b.

De tekniske spesifikasjonene skal være funksjonsorienterte. Dette innebærer at oppdragsgiver primært skal angi sitt behov samt hvilke funksjoner ytelsen skal fylle uten å bruke tekniske spesifikasjoner, hvis dette ikke lar seg gjennomføre åpner regelverket for bruk av tekniske spesifikasjoner.

Første setning i forskriftens §5-2(2) forbyr at de tekniske spesifikasjonene henviser til et bestemt fabrikat, hvis dette favoriserer enkelte foretak. Dette for å hindre en monopolsituasjon hvor det kun er denne produsenten som kunne levere<sup>117</sup>. Videre er det forbudt å ta inn krav til opprinnelse sted hvis dette vil favorisere enkelte foretak, jmf. forskriftens §5-2(2)<sup>118</sup>. Man kan således ikke stille krav om at ytelsen er produsert i Norge, eller annet geografisk bestemt sted, slik at leverandører i fra dette området i praksis har et monopol<sup>119</sup>. Det er heller ikke tillatt å angi varemerker og patenter, da disse i praksis er underlagt patenthavers monopol. I tillegg er det forbudt å henvise til ”typer”. Etter mitt syn er det naturlig å se dette som en ”samlesekk”, som vil fange opp de fleste forsøk på omgåelse. Videre er det forbudt å angi en særlig produksjonsmetode hvis dette vil favorisere enkelte foretak, jmf. forskriftens §5-2(2). I denne sammenheng bør man nevne problematikken knyttet til limtre, dette er en produksjonsmetode hvor norske produsenter tradisjonelt har hatt et fortrinn<sup>120</sup>. Om denne produksjonsmetoden konsekvent blir påkrevd, vil det kunne være i strid både med forbudet knyttet til utformingen av kravspesifikasjonen, og forbudet mot skjult forfordeling av nasjonale tilbydere. Skulle det oppstå en situasjon hvor oppdragsgiver ikke kan beskrive ytelsen på en klar nok måte, uten å bruke en spesifikasjon som nevnt ovenfor, vil spesifikasjonen likevel kunne brukes om den ledsages av ordene ”eller tilsvarende”<sup>121</sup>.

I KOFA sak 2003/94, ble det uttalt ”Nær sagt alle produktene er angitt med produktnavn. Dette gjelder særlig produkter fra Hov Dokka, Fora Form og Håg.” og videre ”Skjermvegger og hyller over bord er beskrevet med målene 70+70 cm, og det er ikke akseptert alternative mål. Dette medfører at kun et bestemt fabrikat kan benyttes.” Klagenemnda kommenterte

---

<sup>116</sup> sml forskriftens §1-4 p

<sup>117</sup> For eksempel om Politiet hadde tatt inn i kravspesifikasjonene at de nye patruljebilene skulle være av merket Volvo V70, i stedet vil dette måtte utformes som et krav om stasjonsvogn.

<sup>118</sup> for eksempel sveitsiske urverk, tyske biler. I tillegg, oppdalskifer og larvikritt (spesielle steinsorter som kun finnes i Norge)

<sup>119</sup> I monopolsituasjoner gjelder egne regler.

<sup>120</sup> Det samme har også finske produsenter.

<sup>121</sup> Jmf. forskriftens §5-2(2)siste setning. Varedirektivet93/36 art8 pkt6 bruker formuleringen ”eller dermed likestillet” i dansk versjon, og formuleringen ”or equivalent” i engelsk versjon.

videre ”Klagenemnda legger til grunn at angivelsen av de aktuelle produkter favoriserte Kontor og grafisk AS[en av leverandørene], i og med at dette firma er enerepresentant for svært mange av de navngitte produkter.” Også her ble det konstatert brudd på regelverket<sup>122</sup>.

I KOFA sak 2003/97(Sykehuset i Vestfold) gjaldt det innkjøp av videokonferanseutstyr. Her var det stilt krav som medførte at kun en leverandør ville kunne oppfylle kravene (Tandberg). Dette innebar brudd på regelverket<sup>123</sup>, og er et eksempel på en måte å skjule ønsket om en foretrukket leverandør gjennom kravspesifikasjoner.

Oppdragsgiver kan etterspørre produkter som er lite arbeidsintensivt, for på den måten gi leverandører i land med høye lønnskostnader (slik som Norge) et fortrinn i konkurransen, ofte i kombinasjon med utstrakt bruk av egenregi. Særlig hvis transportkostnadene blir lave som følge av nærhet til markedet, vil dette gi en konkurransefordel for norske leverandører. Det å etterspørre ubehandlet fasadestein i stede for polert fasadestein, er eksempel på dette. Spørsmålet da er om dette er forenelig med regelverket. Utgangspunktet er at oppdragsgiver står fritt til å definere sitt behov så lenge han følger reglene om utforming av konkurransegrunnlag. Mot dette kan det anføres at reglene om at anskaffelsen i størst mulig grad skal baseres på konkurranse<sup>124</sup>, vil bli brutt hvis kravspesifikasjonene reduserer den reelle konkurransen. Videre vil alminnelige omgåelsesbetraktninger og hensynet til lojal etterlevelse av regelverket, kunne begrense oppdragsgivers frihet. I EF-domstolens sak C-462/99(Teleaustria)<sup>125</sup> ble forsyningsdirektivenes regler anvendt sammen med EF-Traktaten grunnleggende prinsipper, dette tyder på at EF-domstolen strekker seg langt for å sikre en effektiv etterlevelse av regelverket. Noe som tilsier at norske kontrollorgan bør være tilbakeholdne med å akseptere omgåelse av regelverket. Personlig er jeg usikker på hva som må anses å være gjeldende rett, men velger å legge særlig vekt på hensynet til lojal etterlevelse av regelverket. Konklusjonen blir at denne måten å utforme kravspesifikasjonene på er uforenelig med regelverket.

Dette setter videre begrensninger på adgangen til å foreta Bunting anskaffelser<sup>126</sup>. Etter mitt syn må det i disse tilfellene stilles særlige krav til sakelig sammenheng mellom ytelsene. For på den måten å ivareta det generelle kravet om konkurranse<sup>127</sup>

#### 4.3.2 Tekniske standarder

Kreves tekniske spesifikasjoner oppfylt, skal disse enten angis ved en henvisning til relevante norske standarder<sup>128</sup> som er i overenstemmelse med europeiske standarder, ved en henvisning til europeiske tekniske godkjenninger eller ved en henvisning til felles tekniske spesifikasjoner, jmf. forskriftens §5-2(3)<sup>129</sup>. Oppdragsgiver har i utgangspunktet frihet i valget mellom de tre nevnte standardtypene<sup>130</sup>. Det er ikke adgang til å henvise til særnorske standarder. Dette for å sikre konkurransen over landegrensene. For å unngå misbruk av

<sup>122</sup> Sml KOFA sak 2003/25, hvor det ble stilt krav om at ”produsenten Fagerhult skulle benyttes for alle armaturene, med unntak av en type armaturer, hvor produsenten Defa skulle benyttes.” Dette utgjorde brudd på regelverket.

<sup>123</sup> I samme retning EF-domstolens sak C-359/93(UNIX) Hvor dataprogrammet UNIX ble krevet (premiss 25).

<sup>124</sup> jmf. forskriftens §3-1(1) og lovens §5(2)

<sup>125</sup> premiss 60

<sup>126</sup> Se punkt 3.1.2.2

<sup>127</sup> jmf. forskriftens §3-1(1) og lovens §5(2)

<sup>128</sup> En standard er teknisk spesifikasjon godkjent av et anerkjent standardiseringsorgan for gjentatt eller stadig bruk, men som det normalt ikke er obligatorisk å anvende jmf. forskriftens §1-4o)

<sup>129</sup> sml nytt direktiv art23.

<sup>130</sup> Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentarutgaven s273

tekniske spesifikasjoner, samt å forenkle internasjonal samhandel er det blitt satt i gang et arbeid med å standardisere spesifikasjonene. Dette arbeidet har pågått nasjonalt og i EU regi<sup>131</sup>.

Forskriftens §5-2 (4) bokstav d. er ett unntak i fra regelen i tredje ledd. Det kommer til anvendelse, når etterlevelse ville medføre at oppdragsgiveren må kjøpe utstyr som er uforenelig med gammelt utstyr<sup>132</sup>. Dette gjelder også hvis det vil "medføre uforholdsmessige store utgifter eller tekniske vanskeligheter". Om man kan bruke de nye standardene, men det forutsetter at man skifter ut hele organisasjonens PC beholdning. Kostnadene for oppdragsgiver må i disse tilfellene stå i forhold til verdien på anskaffelsen.<sup>133</sup> Denne bestemmelsen må sees i sammenheng med regelen i §4-3 f) hvor det åpnes for konkurranse med forhandling for de tilfellene som forskriftens §5-2 fjerde ledd regulerer. Videre vil det ikke være påbudt å henvise til standarder dersom det berørte prosjektet er en virkelig nyskaping og anvendelsen av eksisterende standarder ville være uhensiktsmessig, jmf. forskriftens §5-2(4)e). Kravet om at det må være snakk om en "virkelig nyskaping" innebærer en avgrensning i mot forbedring av allerede eksisterende teknologi<sup>134</sup>. Hvis dette unntaket blir fortolket for strengt vil det kunne begrense den tekniske utviklingen<sup>135</sup>. Blir unntaket tolket for vidt, vil dette kunne medføre utvanning av regelverket. Det at et produktområde er så nytt at det ennå ikke har blitt utarbeidet noen standard på området, kan tale for at det dreier seg om en "nyskaping". Men dette kan ikke alene være avgjørende.

Dersom disse unntakene kommer til anvendelse vil dette innebære økt frihet for oppdragsgiver i hvordan kravene til ytelsen kan utformes, men dette vil neppe innebære større mulighet for å forfordle sine foretrukne leverandører siden bestemmelsene i lovens §5 i utgangspunktet "går foran" forskriftens bestemmelser.

I EF-domstolens dom 45/87(Dundalk) ble det i en bygge- og anleggskontrakt, henvist til en Irsk standard. Etter denne standarden ble kun en leverandør godkjent og denne var Irsk<sup>136</sup>. De klagende leverandørers produkter oppfylte derimot en internasjonal standard<sup>137</sup>. Domstolen påpeker at formuleringen "eller tilsvarende" skulle vært tatt med<sup>138</sup>.

Et miljømerke vil ofte indikere at ytelsen er mindre belastende for miljøet. Om miljømerkene kun inneholder tekniske spesifikasjoner og er av ikke-diskriminerende karakter, vil det være uproblematisk å henvise til standarden<sup>139</sup>. "I slike tilfeller kan samtlige av miljømerkets kriterier for produktgruppen, tas inn i konkurransegrunnlaget som spesifikasjonskrav. Krav i miljøstandarden som ikke er å anse som tekniske spesifikasjoner, kan ikke kreves oppfylt"<sup>140</sup>.

---

<sup>131</sup> For en oversikt over norske standarder og aktuelle EU-standarder se <http://www.standard.no>

<sup>132</sup> For eksempel at nye dataprogrammer ikke er kompatible med gamle.

<sup>133</sup> Se Sue Arrowsmith "The law of public and utilities procurement" s591

<sup>134</sup> Se Sue Arrowsmith "The law of public and utilities procurement" s593-594

<sup>135</sup> Se Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentarutgaven s277

<sup>136</sup> Se premiss 20

<sup>137</sup> Se premiss 21

<sup>138</sup> Se premiss 22. I tillegg ble det konstatert brudd på regelen i EF-Traktatens art30 som tilsvarer EØS-avtalens art11 om kvantitative importrestriksjoner.

<sup>139</sup> I samme retning se Hans Petter Graver i Lov og rett nr 3 2001 s139

<sup>140</sup> Se Veileder "Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser" s19-20

### 4.3.3 Miljøkrav til ytelsen

I EU direktivene fokuseres det først og fremst på de tradisjonelle krav. Disse knyttes til ytelsens funksjonsevne sett i forhold til oppdragsgivers behov. I EU-traktatens fortale 6 avsnitt, til "...prinsippet om bærekraftig utvikling..." og "å styrke....miljøvern.". Videre er det i EF-traktatens artikkel 2 også henvist til "bærekraftig...vekst ...". På bakgrunn av dette kan man si at miljøvern har en sentral plass i EF-retten, det har bare ikke kommet klart frem i direktivene om offentlige anskaffelser. EØS-avtalen art 73 samt EØS-avtalens fortale avsnitt 10 og 11 vektlegger miljøhensyn.

I lovens §6 pålegges regelverkets pliktsubjekter å "ta hensyn til livssyklus-kostnader og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen"<sup>141</sup>. I forarbeidene er det fremhevet at "Det at livssyklus-kostnadene skal inkluderes, er en oppfordring til oppdragsgiver om ikke bare å se på anskaffelseskostnaden, men også hva anskaffelsen vil koste oppdragsgiveren gjennom hele bruksperioden", og videre "Hensynet til miljø kan bare tillegges vekt i vurderingen av hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbud dersom eventuelle miljøkostnader direkte vil bli belastet oppdragsgiver, f eks ut fra «polluter pays»-prinsippet"<sup>142</sup>. I følge NOUen er det altså kun adgang til å vektlegge miljøhensyn i den grad kostnadene ved de miljømessige uheldige momentene, gir utslag i anbudsprisen<sup>143</sup>. Som vi skal se, har dette endret seg.

I EF-domstolens sak C-513/99(Concordia, premiss 21) ble det stilt krav fra oppdragsgiver om pris, kvalitet og " ... tjenesteyderens drift inden for området for kvalitet og miljø." Det ble akseptert at dette kravet ble stilt (premiss 55), om tolkningen ble det videre uttalt, "nævnte artikel ... ikke fortolkes således, at ethvert af de kriterier, den ordregivende myndighed udvælger med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, nødvendigvis skal være af rent økonomisk karakter." En av hovedgrunnene for at man åpnet for at miljøkrav kunne stilles til ytelsen var at "artikel 6 EF...som bestemmer, at kravene med hensyn til miljøbeskyttelse skal integreres i udformningen og gjennomførelsen af Fællesskabets politikker og aktioner, (premiss57).

I denne saken ble det åpnet for å legge avgjørende vekt på miljømessige krav hvis fire kumulative hensyn var oppfylt. Disse var; at kravet måtte ha en relevant sammenheng med kontraktens formål, at vilkåret ikke må være så skjønnsmessig at oppdragsgiveren får fullstendig frihet med hensyn til hvem som tildeles oppdraget, at kravet må være eksplisitt nevnt i utlysningen og at kravet ikke må være i strid med noen av EF rettens grunnleggende prinsipper<sup>144</sup>. Man ser altså en positiv utvikling i synet på stille miljøkrav til ytelsen. I fra det som ble sagt i forarbeidene i 1997 via Concordia-saken fra 1999 til det nye direktivet, hvor hensynet til integrering av miljøhensyn fremheves flere steder i fortalen<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> Det er i forarbeidene antatt at lovens §6 ikke kan sanksjoneres, da den kun utgjør en plikt overfor oppdragsgiver. Se NOU 1997:21 kap21 s116. Motsatt Hans Petter Graver i Lov og rett nr 3.2001 s137

<sup>142</sup> Se NOU 1997: 21 kap21 s116.

<sup>143</sup> Bestemmelsen ble endret som en følge av Ot.prp. nr3 (2000-2001) til å omfatte alle oppdragsgivere som er omfattet av loven og ikke bare de statlige.

<sup>144</sup> Se premiss 69

<sup>145</sup> Se pkt (1), (5), (6) og særlig pkt (29) og (33), se pkt 1.4.4.

## 4.4 Krav til gjennomføringen

Et særskilt spørsmål er om det kan stilles krav til produksjonsprosessen, på samme måte som det stilles krav til produktet. Regelverket tillater i utgangspunktet at det stilles krav til ytelsen og krav til oppdragsgiver. Det er imidlertid uklart om en oppdragsgiver kan stille krav til produksjonsmetoden og gjennomføringen av kontrakten.<sup>146</sup>

### 4.4.1 Miljøkrav til gjennomføringen

En problemstilling tilknyttet produksjonsprosessens innvirkning på miljøet var oppe i EF-domstolens sak C-448/01(Wienstom). Saken omhandlet innkjøp av energi. I tillegg til pris, ble det også ”ydelsens indvirkning på miljøet” vektlagt<sup>147</sup>. Dette kriteriet innebar at leverandøren måtte levere elektrisitet fra fornybare energikilder, så sant dette var tekniske mulig. Strøm produsert ved atomkraftverk kunne under ingen omstendigheter aksepteres. Angående disse kriteriene ble det i premiss 34 henvist til de fire kumulative hensyn som ble oppstilt i Concordia saken.

Strøm kan ikke identifiseres etter produsent. Det ble derfor problematisk å bevise at disse kravene var oppfylt. Og siden oppdragsgiver mente at ingen ville være i stand til å dokumentere at leverte elektrisiteten virkelig kom fra fornybare energikilder, krevde ikke oppdragsgiver at dette skulle dokumenteres. Isteden ville oppdragsgiver fordele poeng til leverandører som rådet over minst 22,5 GWh elektrisitet som var produsert fra fornybare ressurser<sup>148</sup>. Klager mente at denne vektingen var i strid med regelverket, fordi miljøhensyn ble tillagt for stor vekt i forhold til de rene økonomiske elementene i tilbudet. Klageren hevdet også at kriteriet ikke var lovlig fordi kriteriet, slik det var formulert, ikke lot seg etterprøve. Domstolen slo fast at verken det å ha med kriteriet om preferanse for grønn elektrisitet eller å tillegge det vekt, er i strid med regelverket<sup>149</sup>.

I KOFA sak 2003/60(Fredrikstad kommune) ble det i oppdragsgivers vurdering uttalt; ”Miljøaspektet framkommer til fordel Pettersen & Pinderød fordi de har kort vei til oppdragssted og forurensar derfor lite det ytre miljø”. Til dette kommenterte klageorganet slik ”Lokaliseringen av leverandørenes hovedkontor kan etter dette ikke falle inn under tildelingskriteriet ”miljøhensyn”. ”<sup>150</sup>

Krav til arbeidsstyrkens sammensetning kan sees som krav til gjennomføringen. I EF-domstolens sak 225/98(Nord-Pas de Calais) ble et krav om ansettelse av langtidsledige akseptert, på betingelse av at alminnelige prinsipper var ivarett<sup>151</sup>. Adgangen til å stille krav til produksjonsprosess kan altså ikke begrenses til miljøhensyn.

Det er etter dette adgang til å stille krav til produksjonsprosessen i forbindelse med en anskaffelse.

---

<sup>146</sup> Se Hans Petter Graver i Lov og rett nr 3.2001 s146

<sup>147</sup> Premiss 7

<sup>148</sup> Denne grensen ble valgt fordi oppdragsgivers totalforbruk i kontraktsperioden ville overstige 22,5 GWh.

<sup>149</sup> se premiss 72

<sup>150</sup> Dette må nok sees i sammenheng med forbudet mot å forfordle nasjonal/regionale tilbydere. Jeg vil anta at miljøhensynet til en viss grad fungerte som et skalkeskjul for det å forfordle en lokal tilbyder.

<sup>151</sup> Se pkt 4.4.1.3

## 4.4.2 Krav til arbeidsstyrkens sammensetning

### 4.4.2.1 Krav om bruk av lærlinger

Forskriften §5-8 tillater at oppdragsgiver stiller krav i kontrakten til norske<sup>152</sup> leverandører<sup>153</sup> om at disse skal være tilknyttet en ”offentlig godkjent lærlingordning”<sup>154</sup>. Dette gjelder kun for kontrakter som skal utføres i Norge.

Å benytte momentet som et sekundært tildelingskriterium er i strid med forbudet mot nasjonal forskjellsbehandling, siden norske leverandører lettere vil få norske lærlinger. Av samme grunn vil momentet ikke kunne stilles som et kvalifikasjonskrav. Følgelig må kravet stilles som et kontraktsvilkår<sup>155</sup>, dette vil også kunne utledes av ordlyden ”betingelse for gjennomføringen”.

Bestemmelsens annet punktum, begrenser adgangen til å stille kravet. Det kreves ”et klart definert behov for lærlingplasser i den aktuelle bransje”. Dette tilsier at kravet ikke kan ”benyttes generelt”<sup>156</sup>, men at det må foretas en ”konkret og helhetlig vurdering”<sup>157</sup> for å fastslå når kravet er aktuelt.

I det nye direktivets fortale avsnitt 33, forutsettes det først at de grunnleggende prinsippene ivaretas. Deretter åpnes det for kontraktsklausuler som tilgodeser arbeidsløse, miljøhensyn, samt ”...uddannelsesinitiativer for...unge”. Dette kan tolkes som en åpning for å legge større vekt på mangelen av lærlingeplasser.

### 4.4.2.2 Krav om bruk av faste ansatte.

Forskriftens §5-9<sup>158</sup> gir oppdragsgiver mulighet til å stille krav i kontrakten<sup>159</sup> om at entreprenørens eventuelt underentreprenørers ansatte skal utføre arbeidet i tjenesteforhold, eller ved bruk av lovlig innleid arbeidskraft<sup>160</sup>. Formålet med bestemmelsen er å ivareta skattemessige hensyn samt unngå omgåelse av arbeidsrettigheter<sup>161</sup>. De samme hensynene begrunner oppdragsgivers adgang til å kreve at bruk av enkeltmannsforetak som ikke er entreprenør eller underentreprenør, skal begrunnes. Dette er en ”sær-norsk” bestemmelse derfor finnes det ikke tilsvarende bestemmelser i direktivene.

I likhet med krav til lærlingeordning jmf. forskriftens §5-8, kan dette kravet kun stilles når arbeidet skal utføres i Norge. I motsetning til §5-8, gjelder §5-9 kun bygge- og anleggskontrakter.

I forarbeidene har det vært reist tvil om bestemmelsen er forenelig med EØS-retten<sup>162</sup>. Bestemmelsen medfører at utenlandske leverandører møter sær norske krav til organisering av

<sup>152</sup> I teorien tatt til ordet for å la foretaksregistrering være avgjørende, se Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentartutgaven s300

<sup>153</sup> Om bakgrunnen for slik omvendt diskriminering, se punkt 1.4.1

<sup>154</sup> I Rt1997 s574(Firesafe) hadde erstatningssøksmålet bakgrunn i dette kravet.

<sup>155</sup> Se også Ot.prp nr 2000-2001 s24

<sup>156</sup> Se Ot.prp. nr 3 2000-2001 s25

<sup>157</sup> Se Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentartutgaven s299

<sup>158</sup> Jmf. forskriftens §12-7 ved anskaffelser etter forskriftens del III

<sup>159</sup> Om hvorfor kravet må utformes som et kontraktsvilkår, se punktet ovenfor

<sup>160</sup> Se Rt2000 s1076(Faber bygg) sidene 1802-1803

<sup>161</sup> Se NOU 1997:21 s57-58 og Ot.prp. nr71 1997-1998 s57

<sup>162</sup> Se NOU 1997:21 s62 og Ot.prp. nr71 1997-1998 s59-60

arbeidsstyrken. Hvilket vil kunne medføre diskriminering, fordi norske leverandører kjenner bestemmelsen og tilpasser seg. Dette gjelder i begrenset grad for utenlandske leverandører, og medfører således at bestemmelsen er problematisk i forhold til prinsippet om forutberegnelighet.

#### 4.4.2.3 Krav om bruk av langtidsledige

I EF-domstolens sak 31/87 (Benntjes) ble et krav om ansettelse av langtidsledige akseptert, på betingelse av at alminnelige prinsipper var ivaretatt<sup>163</sup>. I EF-domstolens sak 225/98 (Nord-Pas de Calais) var tilsvarene problemstilling oppe. Da ble kravet brukt som et tildelingskriterium. Til dette ble det uttalt "...de ordregivende myndigheter kan benytte en betingelse om bekæmpelse af arbejdsløshed, som et kriterium, under forudsætning af at denne betingelse er i overensstemmelse med alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling, ....og den frie udveksling af tjenesteydelser." Dette innebærer at om en norsk oppdragsgiver bruker et slikt kriterium, vil langtidsledige i fra hele EØS området måtte likebehandles.

#### 4.5 Særlig om inhabile rådgivere

Forskriftens § 3-6 begrenser adgangen til å motta rådgivning fra noen som har en økonomisk interesse i anskaffelsen, når dette medfører at noen vil møte begrenset konkurranse med tanke på å levere hovedleveransen. Typisk at kravspesifikasjonene utformes slik at det oppstår en monopolsituasjon.

Bestemmelsen understreker ytterligere at oppdragsgiver må vite på forhånd hva han ønsker å få ut av anskaffelsen, på samme måte som kravene til utforming av ytelsesspesifikasjonene<sup>164</sup>. En slik problemstilling var oppe i KOFA sak 2003/36, hvor leverandøren av låsene og beslagene deltok i arbeidet med å utarbeide kravspesifikasjonene. Det at samme leverandør senere deltok i konkurransen, utgjorde brudd på regelverket<sup>165</sup>.

Denne regelen vil begrense oppdragsgivers frihet i valget av leverandører, typisk ved kjøp av prosjekteringstjeneste.

---

<sup>163</sup> premiss 37

<sup>164</sup> Se Kai Krüger Lov og Rett nr 6/2004 s363

<sup>165</sup> Sml KOFA sak 2004/90(Orgelsaken)



## 5 Avvisning

### 5.1 Innledning

Avvisning innebærer at tilbudet ikke blir vurdert videre og at det ikke lenger er bindende for tilbyder jmf. avtl. §5. Oppdragsgiver skal ta stilling til avvisningsspørsmålet ”snarest mulig” jmf. forskriftens §8-13(1). Dette gjelder både ved avvisning knyttet til forhold ved leverandøren og tilbudet<sup>166</sup>. Bruken av ordet ”mulig” indikerer at tilbyder må ha levert inn tilbudet og at oppdragsgiver må få tid til å avgjøre avvisningsspørsmålet før tidsfristen begynner å løpe<sup>167</sup>. Hensynet til tilbyder tilsier at spørsmålet avgjøres raskt, da dette vil øke den avviste tilbyders muligheter for å skaffe seg andre oppdrag. I forskriften skilles det mellom to avvisningsgrunner; de som relaterer seg til tilbudet og de som relaterer seg til leverandøren. Videre skilles det mellom situasjoner hvor oppdragsgiver har rett og plikt til å avvise et tilbud. Siden regelverkets begrensninger av oppdragsgivers frihet i leverandørvalget er det sentrale i denne oppgaven, vil ikke de situasjoner hvor leverandøren har plikt til å avvise tilbudet bli behandlet.

### 5.2 Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

Forskriftens §§8-10 og 8-11 oppstiller vilkår for når oppdragsgiver kan foreta avvisning på grunnlag av tilbudet. Retten til å avvise er ikke ubetinget. I tillegg vil det kunne foretas en konkret rimelighets vurdering<sup>168</sup>.

#### 5.2.1 Avvisning på grunn av manglende dokumentasjon

Forskriftens §8-10(2)a gir oppdragsgiver adgang til å avvise et tilbud når det ikke inneholder alle de ”opplysninger, oppgaver, prøver mv. som er forlangt”. Formuleringen er vid, og dette innebærer en viss overlapping med vilkårene for avvisningsplikten for bud som avviker i fra konkurransegrunnlaget jmf. forskriftens §8-10(1)c. I tillegg vil et bud som ikke inneholder alle ”opplysninger” også kunne anses å være ”uklarheter, ufullstendigheter eller lignende” jmf. forskriftens §8-10(1)d. Denne uklarheten i forskriften er et problem da sontringen mellom avvisningsrett og avvisningsplikt bør være klar.

I forarbeidene<sup>169</sup> uttales det at ”Spørsmålet [om avvisning] vil være om et tilbud skal avvises fordi det ikke *kan rangeres med en tilstrekkelig stor grad av sikkerhet* i forhold til de øvrige tilbudene.” (Min kursivering). Man må altså sammenligne klarheten i budene. Finner man at det uklare budet skulle få fordel av å være uklart, vil dette tale for avvisning. NOUen tar etter mitt syn ikke spesifikt stilling til ”overlappings problemet”<sup>170</sup>. Det at det foreligger

---

<sup>166</sup> Se Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentartutgaven s423

<sup>167</sup> Se KOFA 2003/7 men tidsperiodens lengde er ikke oppgitt avgjørelsen.

<sup>168</sup> Se KOFA 2004/47 premiss 17-18

<sup>169</sup> Se NOU 1997:21 s137

<sup>170</sup> Se også Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentartutgaven s409

overlapping mellom forskriftens § 8-10(2) a og d<sup>171</sup> er uheldig, men vil ikke få de samme konsekvensene da det her er snakk om to tilfeller av avvisningsrett.

Det generelle kravet i lovens § 5 (2) og forskriftens §3-1(1) om at anskaffelser i størst mulig grad skal være gjenstand for konkurranse, kan ses som en begrensning i adgangen til å foreta avvisninger, siden avvisninger begrenser konkurransen. Dette taler til fordel for en avvisnings rett og ikke plikt i overlappings tilfellene, kravet til forutberegnelighet trekker i motsatt retning da dette vil føre til større skjønnsfrihet for oppdragsgiver. I den forbindelse må det minnes om utgangspunktet slik det er formulert i forarbeidene<sup>172</sup> ”Utgangspunktet er at leverandørene selv har risikoen for å utforme et korrekt tilbud.”

I KOFA sak 2003/1 ble uttrykket ”arbeidsdager” ansett å være uklart. Denne uklarheten ble subsumert under §15-10(1)d) altså avvisningsplikt for anskaffelser under terskelverdiene. Det ble uttalt at ”Uklarheten refererer seg til et vesentlig forhold”<sup>173</sup>.

Dette kan tolkes slik at jo mer alvorlig opplysningsmangelen er jo mer taler dette for at man står over for en avvisnings plikt.

## 5.2.2 Avvisning på grunn av oppgitt pris

En oppdragsgiver kan avvise et tilbud som ikke oppgir prisen som forutsatt i konkurransegrunnlaget<sup>174</sup>. Jmf. forskriftens §8-10(2) b. Etter mitt syn, må dette gjelde prisens utregning og presentasjon. Særlig i forhold til hvilke poster som skal summeres og hvordan disse skal presenteres for oppdragsgiver<sup>175</sup>. Dette vil gjøre sammenligningen av tilbudene enklere, og på den måten ivareta hensynet om økt konkurranse.

Forskriftens §8-6(4) oppstiller en særregel i forbindelse med prising av bygge- og anleggskontrakter. Resultatet av denne er at en ikke oppgitt pris anses å være inn kalkulert i andre poster, og følgelig kan ikke forskriftens §8-10(2) b benyttes som avvisningsgrunn når enkelte ”under poster” ikke er priset<sup>176</sup>.

Et aktuelt spørsmål er om det foreligger en mulighet for analogisk anvendelse av regelen i §8-6(4) på kontrakter ved anskaffelser av varer og tjenester. Forskriftens §8-6(4) retter seg etter ordlyden kun mot bygge- og anleggskontrakter. Siden bestemmelsen er så presist utformet, er dette i seg selv et moment mot analogisk slutning. I tillegg kan det anføres at størrelsen på bygge- og anleggskontrakter gjør prisingen vanskeligere enn ved anskaffelser av varer og tjenester. Etter mitt syn foreligger det ikke grunnlag for en slik analogisk slutning<sup>177</sup>.

---

<sup>171</sup> Sml ordlyden ” ikke inneholder alle de opplysninger...som er forlangt” og ” ufullstendigheter ...kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes”

<sup>172</sup> Se NOU 1997:21 s137

<sup>173</sup> Sml KOFA sak 2003/138 hvor andre kontraktsvilkår ble subsumert under avvisningsplikten §8-10(1)c

<sup>174</sup> For eksempel forskjellig valuta.

<sup>175</sup> Se Rt1998 s1951(Klubben Transport) Hvor pris ikke ble oppgitt i samsvar med konkurransegrunnlaget, og tilbudet ble avvist. Regelverket om offentlige anskaffelser regulerte ikke forholdet.

<sup>176</sup> Se Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentarutgaven s410

<sup>177</sup> Slik også Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentarutgaven s410

### 5.2.3 Avvisning ved uklart bud i en konkurranse med forhandling

Forskriftens §8-10(2)d gir oppdragsgiver en avvisningsrett av uklare tilbud ved konkurranse med forhandling<sup>178</sup>. Uklarhetene kan skyldes ”forbehold eller på grunn av feil, uklarheter, ufullstendigheter og lignende”. Her foreligger det en vid formulering som medfører stor grad av skjønnsfrihet for oppdragsgiver jmf. formuleringen ”og lignende”. I tillegg er beviskravet lavt da det kun kreves at momentet ”kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbud”.

Ved vesentlige forbehold<sup>179</sup> har oppdragsgiver avvisningsplikt jmf. forskriftens §8-6(3) jmf. §8-10(1)c<sup>180</sup>. Følgelig vil oppdragsgivers avvisningsrett være avgrenset til de ”ikke vesentlige” forbehold. Man må da vurdere hvor stort avviket mellom den opprinnelige kontrakt og kontrakt med forbehold er. Er det tatt forbehold på vesentlige punkter slik som pris, risikofordeling og leveringstid, mener jeg at det foreligger et vesentlig forbehold og at oppdragsgiver da har en avvisningsplikt og ikke rett. Er det tatt flere forbehold, må summen av disse legges til grunn.

Når det gjelder uklarheter generelt, må disse være så omfattende at de medfører at tilbudet ikke kan benyttes slik at konkurransen blir gjennomført på en forsvarig måte. I tillegg taler formålet om hardest mulig konkurranse i mot at avvisning blir foretatt bare fordi oppdragsgiver har adgang til det.

### 5.2.4 Avvisningsrett på grunn av tilbudets utforming

Om tilbudet ikke er undertegnet vil oppdragsgiver ha en avvisningsrett jmf. forskriftens § 8-10(2)e jmf. forskriftens §8-5(3). Fra et norsk synspunkt, kan dette virke unødig strengt og formalistisk. Denne regelen kan ha sitt opphav i rettssystemer som er preget av større grad av formalisme enn det vi finner i det norske<sup>181</sup>.

## 5.3 Avvisning ved unormalt lavt bud

Forskriftens §8-10(2)c gir oppdragsgiver en avvisningsrett i de tilfeller hvor tilbudet ”virker unormalt lavt”. I utgangspunktet, skulle man tro at oppdragsgiver ville være fornøyd med å få et billig tilbud, men dette er ikke alltid tilfellet. Ofte vil et for lavt tilbud indikere at tilbyderen er desperat og må vinne denne kontrakten for ikke å gå konkurs. I en slik situasjon vil det være usikkert om tilbyder har økonomisk evne til å gjennomføre prosjektet. Andre grunner kan være at ytelsen har dårligere kvalitet<sup>182</sup>, eller at tilbyderen mottar ulovelig statstøtte<sup>183</sup>. I slike situasjoner vil det også være i oppdragsgivers interesse å avvise tilbyderen. Den lave prisen kan også skyldes regnefeil. Når man skal avgjøre hva som er et unormalt lavt tilbud i forhold til ytelsen som tilbys, må man se på ytelsen som skal presteres og prisen på de

<sup>178</sup> Ved samme type uklarheter i en anbudskonkurranse foreligger det en avvisningsplikt jmf. forskriftens §8-10(1)d. Forskjellen skyldes at det ved konkurranse med forhandling er enklere å ta kontakt med tilbyder uten å bryte forhandlingsforbudet.

<sup>179</sup> Forbehold må ikke forveksles med det å inngi alternativt bud. Ved forbehold aksepterer man ikke visse krav, mens man ved alternative bud presenterer en annen løsning ofte i tillegg til å inngi et hovedbud i samsvar med kravene som er stilt.

<sup>180</sup> Se NOU 1997:21 s135-136 og EF-domstolens sak C-243/89(Storebælt) Hvor tilbyderne tok forbehold mot kravet om å påta seg prosjekteringsrisikoen.

<sup>181</sup> Særlig det engelske, men også det sør europeiske med sitt notar vesen.

<sup>182</sup> Se Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentarutgaven s412

<sup>183</sup> Se EF-domstolens sak C-448/01(Wienstrom) premiss 27-29

Se nytt direktiv art55 pkt1e) og pkt 3.

konkurrerende bud. En regel knyttet til prosentvis avvik vil neppe være ønskelig, da dette kan medføre aktiv tilpassing samt være ufleksibel.

Når et tilbud avvises fordi det er unormalt lavt gjelder det særlige prosedyreregler i §8-11. Bestemmelsens (1) oppstiller et krav om kontradiksjon før beslutningen om avvisning tas. Annet ledd gir oppdragsgiver en rett til å ta hensyn til den informasjonen som fremkommer i denne kontradiktoriske prosessen. Det kan kun legges vekt på ”forklaringer som er berettiget ut i fra objektive grunner”. Dette innebærer et krav om en objektiv konstaterbar årsakssammenheng mellom de aktuelle forhold og prisen. Videre nevnes aktuelle momenter. Denne listen er ikke uttømmene på grunn av ordet ”herunder”. Kostnadsforskjeller mellom EØS-statene er en slik objektiv grunn<sup>184</sup>. Om en tilbyder ønsker å underby seg inn på et nytt marked, er ikke dette grunn til å avvise tilbudet i utgangspunktet, men det reiser særlige konkurranserettslige regler.

#### 5.4 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

Forskriftens §8-12 (2)a-g gir oppdragsgiver en avvisningsfrihet overfor leverandører når visse forhold foreligger. Når det foreligger et moment som kan grunngi avvisning, blir et naturlig spørsmål hvor langt tilbake i tid man kan gå. Leger tiden alle sår, eller vil det være aktuelt å legge vekt på alle gamle saker man kommer over<sup>185</sup>? Det foreligger ikke noe rettspraksis om hvor lang tid etter overtredelsen oppdragsgiver kan legge vekt på forholdet. Det antas at dette må vurderes ut fra overtredelsen art, om forholdet fortsatt er registrert i strafferegisteret/ andre registre og gjentakelseshyppighet<sup>186</sup>. I tillegg må man etter mitt syn legge vekt på hvor lang tid som har gått, og om en eventuell straff er ferdigsonet.

##### 5.4.1 Konkurs og lignende situasjoner

Bokstav a og b relaterer seg til konkurs og lignende situasjoner<sup>187</sup>. Begge steder brukes formuleringen ”prosess”. Hvilket indikerer at prosessen som sådan må være iverksatt. Det er ikke tilstrekkelig at vilkårene for en slik prosess er oppfylt<sup>188</sup>. Om disse situasjonene foreligger, så vil leverandøren vanskelig kunne oppfylle de krav til økonomisk stilling som oppdragsgiver stiller jmf. forskriftens §5-5.

##### 5.4.2 Straffbare forhold og alvorlige forsømmelser

Bestemmelsene i forskriftens §8-12(2)c omhandler leverandører som ”ved rettskraftig dom er kjent skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessig vandel”. Forholdet må relatere seg til den ”yrkesmessige vandel”. Hvilket innebærer en avgrensning i mot private forhold. Bestemmelsen stiller som krav at overtredelsen skal være dokumentert før oppdragsgiveren kan avvise leverandøren. Bevis vil kunne være utskrift i fra STRASAK eller tilsvarende<sup>189</sup>.

---

<sup>184</sup> Se Sue Arrowsmith "The law of public and utilities procurement" s244.

<sup>185</sup> I strafferetten er det et alminnelig prinsipp at den straffedømte skal få anledning til å legge saken bak seg. Om et straffedømt foretak mange år etter att straffen er fullbyrdet, blir avvist i en anskaffelsesprosedyre på bakgrunn av forbrytelsen, vil dette kunne reise spørsmål i tilknytning til forbudet mot dobbeltstraff i EMK protokoll 7 art4 Jeg nøyer meg i denne sammenheng med å peke på problemstillingen

<sup>186</sup> Se Veileder ”Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser” s20-22.

<sup>187</sup> Denne avvisnings hjemmelen vil i mange tilfeller utgjøre et supplement til oppdragsgivers adgang til å stille økonomiske krav til leverandøren. Jmf.. forskriftens §5-5

<sup>188</sup> Se for eksempel kkl. §100, om kravet til innsolvens som vilkår for å åpne konkursbehandling.

<sup>189</sup> se for tale nytt direktiv (43)

Videre vil en oppdragsgiver kunne avvise en tilbyder som har gjort seg ”skyldige i alvorlige forsømmelser mot faglige eller etiske krav i vedkommende bransje”, jmf. forskriftens §8-12 (2) d. ”Utgangspunktet må imidlertid være at leverandøren har gjort seg skyldig i alvorlige feil i henhold til nasjonal lovgivning[må kunne avvises]”<sup>190</sup>. Under henvisning til andre brudd på lovgivningen, vil det kunne være aktuelt å se hen til arbeidsmiljø- og forurensningslovgivningen. Det er videre hevdet<sup>191</sup> at det vil være adgang til å avvise en tilbyder på grunn av forhold som han ikke er rettskraftig dømt for, hvis dette ellers faller inn under ordlyden. Dette reiser spørsmål i forhold til den strafferettslige uskyldspresumsjonen<sup>192</sup>.

Det er hevdet at ”[oppdragsgiver]kan avvise deltagere som det anses som støtende at offentlige oppdragsgivere inngår kontrakt med”<sup>193</sup>. Dette er en formulering som er vid og dette svekker forutberegneligheten. Hva som er støtende vil i stor grad variere, særlig i ”politiske betente” saker hvor det er stor forskjell mellom landene. Det å nekte tarifflønn, vil kunne være et slikt moment. Forarbeidene advarer generelt mot å bruke anskaffelsesregelverket til å ivareta andre hensyn enn de forretningsmessige<sup>194</sup>. Her er det krav til at overtredelsen skal være dokumentert før oppdragsgiveren kan avvise leverandøren.

Alt i alt er det vid adgang til å avvise tilbydere med henvisning til straffbare handlinger eller alvorlige forsømmelser. Hjemmelen er upresis og jeg er heller ikke sikker på om det er forenelig med EMK.

#### 5.4.3 Ikke innbetalt skatt og avgift mm

Videre kan en oppdragsgiver avvise leverandører som ikke har betalt trygdeavgifter, skatter og avgifter i den stat hvor han er etablert eller i Norge, jmf. forskriftens § 8-12(2) e-f. Dette kan bevises ved ”attest utstedt av vedkommende myndighet i leverandørens hjemstat”, jmf. forskriftens § 8-12(3)siste pkt.

Dette innebærer at oppdragsgiver et stykke på vei overtar skattemyndighetenes arbeidsoppgaver. Det er som nevnt før blitt advart generelt mot å vektlegge andre hensyn enn de innkjøpsfaglige<sup>195</sup>. I tillegg vil også dette kunne reise problemer i forhold til forbudet mot dobbeltstraff, se EMK protokoll 7 art 4<sup>196</sup>.

---

<sup>190</sup> Se Veileder ”Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser” s20-22.

<sup>191</sup> Se Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen Kommentartutgaven s419

<sup>192</sup> Se EMK art6 pkt 2. Igjen nøyer jeg meg med å peke på problemstillingen.

<sup>193</sup> Se Veileder ”Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser” s20-22.

<sup>194</sup> Se NOU 1997:21 s37

<sup>195</sup> Se NOU 1997:21 s37

<sup>196</sup> Sml problemstillingen om i hvilken grad tileggsskatt er å anse som straff. Se Rt 2000 s96 og HRD3/5-2002

## 6 Selve leverandørvalget

### 6.1 Tildelingskriterier

Det er på dette stadiet i prosessen at leverandørvalget formelt foregår. De punkter som ble behandlet forut vil bidra til en grovsiling av aktuelle tilbydere. Tildelingskriterier<sup>197</sup> er kriterier som legger føringer på oppdragsgivers endelige valg av leverandør. Samtidig gjøre de oppdragsgivers vurdering av de innkomne tilbudene lettere. Tildelingskriterier er noe annet enn kvalifikasjonskrav<sup>198</sup>. Kvalifikasjonskrav er de krav som stilles til en tilbyder og ytelsen, mens tildelingskriterier brukes for å gradere de innkomne tilbud<sup>199</sup>.

Tildelingskriterier må være nevnt i konkurransegrunnlaget, jmf. forskriftens §§10-2(2) og 17-2(2)<sup>200</sup>. Hensynene til forutberegnelighet likebehandling og etterprøvbarhet blir således ivarettatt. I denne situasjonen vil det være uforenelig med regelverket å legge vekt på andre tildelingskriterier enn de som er opplistet i konkurransegrunnlaget<sup>201</sup>. Vage sekundære tildelingskriterier medfører fare for forfordeling<sup>202</sup>. Tildelingskriteriene skal som hovedregel utformes objektivt<sup>203</sup> og presist<sup>204</sup>. Når det gjelder kravet til presisjon, følger det av EF-domstolens sak 19/2000(SIAC Construction) at kriterierne for tildeling skal ”angives i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen således, at det *gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende*, at fortolke dem på samme måde. Denne gennemsigtighedsforpligtelse indebærer også, at den ordregivende myndighed skal fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet<sup>205</sup>”(Kursivert av meg)<sup>206</sup>.

### 6.2 Må de sekundære tildelingskriterier alltid være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud?

I NOU 1997:21 side 68 uttales det: ”Ved tildeling av kontrakt kan hensynet til miljø *bare* tillegges vekt i vurderingen av hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbud.”. (Min kursivering.) Spørsmålet er om dette er gjellende rett.

<sup>197</sup> Angående begrepsbruk, se pkt 1.3.

<sup>198</sup> Se pkt 4.

<sup>199</sup> Skillet er særlig synelig ved begrenset anbudskonkurranse, hvor man har en forutgående prekvalifisering basert på kvalifikasjonskriteriene og til slutt tildeles kontrakten på basis av tildelingskriteriene.

<sup>200</sup> Hvis det primære tildelingskriteriet ikke er nevnt reiser dette særskilte tolkningsspørsmål se pkt 5.1.4.

<sup>201</sup> Se i denne sammenheng KOFA avgjørelsene 2003/74, 2003/25

<sup>202</sup> For eksempel om bare den foretrukne leverandør er i stand til å tolke konkurransegrunnlaget, inkl tildelingskriteriene.

<sup>203</sup> Se EF-domstolens sak 31/87(Beentjes), premiss 26-27 og EF-domstolens sak sak C-19/00(SIAC) premiss 44

<sup>204</sup> Se EF-domstolens sak sak C-19/00, SIAC, avsnitt 42-43

<sup>205</sup> Se premiss 42-43 Sml KOFA 2003/88 hvor det ble ”angitt ulike kriterier for valg av tilbud i den offisielle kunngjøringen ....og i lokale kunngjøringer, i tillegg til at kriteriene senere ble endret i konkurransegrunnlaget, for deretter å endres på nytt i anskaffelsesprotokollen.”

<sup>206</sup> Se også KOFA2003/38

I Beentjes saken<sup>207</sup> ble et sekundært tildelingskriterium om sysselsetting av langtidsledige akseptert, på betingelse av at alminnelige prinsipper ble ivaretatt<sup>208</sup>. Dette indikerte et skritt vekk fra fortolkningen om at de sekundære tildelingskriterier alltid må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Ovenfor<sup>209</sup> har vi også sett i Concordia saken at sekundære tildelingskriterier som miljøhensyn, har blitt akseptert av EF-domstolen under forutsetning av at regelverket ellers er blitt overholdt. I likhet med i Bentjees saken, var dette kriterier som ikke var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Denne utviklingen fortsatte fire måneder etter Concordia saken ble avsagt<sup>210</sup> i førsteinstansen sak T-4/2001(Renco)<sup>211</sup>. Her uttales det i premiss 67 "...[bestemmelsen kan] ikke fortolkes således, at ethvert af de kriterier, den ordregivende myndighed udvælger med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, nødvendigvis skal være af *rent* økonomisk karakter..." Man ser at "Concordia tesen" blir videreført. (Min kursivering)

I en førsteinstans sak T-183/00 (Strabag)<sup>212</sup> premiss 74 uttales det "... hvilke kriterier for tildeling af kontrakten det vil anvende, kan det dog *kun* vælge kriterier, som har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud...". Dette avviker ikke nødvendigvis i fra Concordia tesen. Saken gjaldt innredningsarbeider og generelt vedlikehold, og av de 8 tildelingskriteriene var alle knyttet til ytelsen og tilbyder<sup>213</sup>. Etter mitt syn ville ikke Concordia tesen hatt betydning for resultatet, og da var det heller ingen grunn til å ta den opp. Retten nevner verken Bentjees eller Concordia sakene, se premiss 73-74. Dette kan indikere at man ikke ønsker å fravike disse. Uansett er dommen avsagt av første innstansen noe som vil ha betydning for dommens vekt.

I EF-domstolens sak C-315/01(GAT)<sup>214</sup> uttales det i premiss 72 "... kriterium ...ikke er af en sådan art, at det gør det muligt at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud,... og at det derfor i intet tilfælde kan udgøre et tildelingskriterium..." Dette kriteriet gikk ut på at "... udbudte genstand kan besigtiges af den ordregivende myndighed inden for en radius af 300 km fra dens etableringssted." Altså skjult forfordeling av lokale tilbydere. Grunnen til at Concordia tesen ikke nevnes, kan være at domstolen ikke ønsket å indikere noen form for unntak når de sekundære tildelingskriteriene strider mot så fundamentale prinsipper.

Senere samme år<sup>215</sup> ble Wienstrom saken avsagt hvor det i premiss 32 henvises til Concordia-saken.

Konklusjonen blir at kravet om at sekundære tildelingskriterier må være egnet til å identifisere "det økonomisk mest fordelaktige tilbud" ikke praktiseres like strengt av EF-domstolen når de sekundære tildelingskriteriene ivaretar miljøhensyn eller sosiale hensyn<sup>216</sup>. I tillegg må de alminnelige prinsipper ivaretas, særlig forbudet mot likebehandling.

---

<sup>207</sup> Avsagt 20.09.1988

<sup>208</sup> premiss 37

<sup>209</sup> Punkt 4.3.3

<sup>210</sup> Avsagt 17.09.2002

<sup>211</sup> Avsagt 25.02.2003

<sup>212</sup> Avsagt 25.02.2003

<sup>213</sup> Se premiss 75

<sup>214</sup> Avsagt 19.06.2003

<sup>215</sup> Avsagt 4.12.2003

<sup>216</sup> Se Hans Petter Graver i "Lov og rett" nr 3 2001 s145

I ”Forskrift om anbud i lokal rutetransport<sup>217</sup>”. Står det i §19(1)2pkt, ”Ved tildeling av kontrakt basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbud, kan det blant annet legges vekt på... miljøfaktorer...”. Dette tyder på at miljøhensyn som sekundært tildelingskriterium, endelig har fått fullt gjennomslag i lovgivningen.

For KOFA er mitt generelle inntrykk, at man opprettholder hovedregelen om at sekundære tildelingskriteriene må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Samtidig kan jeg ikke se at problemstillingene har kommet på spissen. Grunnen til dette kan være at nemnda ikke ønsker det, og derfor vil forsøke å avgjøre saken på et annet grunnlag.

### 6.2.1 Laveste pris

Oppdragsgiver kan velge å tildele kontrakten til det tilbudet som har lavest pris, jmf forskriftens § 10-2(1). Gjennom bruk av ordet ”utelukkende” ser man at kun pris er relevant i bedømmelsen av tilbudene, dette innebærer en avgrensning mot å legge vekt på kvalitative sider ved tilbudet. Videre vil dette kunne medføre at kvaliteten på ytelsen blir så lav at man i det lange løp hadde vært billigere å anskaffe en dyrere ytelse. Dette tildelingskriteriet vil ikke være hensiktsmessig ved anskaffelse av komplekse ytelser. Derimot vil kriteriet være anvendelig ved anskaffelser av ”ukompliserte” ytelser<sup>218</sup>. I konkurranser om lavest pris er vurderingen langt mindre skjønnspreget enn i konkurranser om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, siden oppdragsgivers vurderingsfrihet begrenses til kun å vurdere prisen. Derfor styrkes leverandørenes forutberegnelighet i prosessen, noe som igjen kan føre til økt deltakelse i konkurransen slik at prisen presses ned.

I KOFA sak 2003/145 (Askvoll kommune) ble det konstatert brudd på forskriftens §17-2(1)<sup>219</sup>. Her ble prisen på et eventuelt ekstraarbeid<sup>220</sup> regnet slik at det kunne begrunne tildeling til en bestemt leverandør, ”Innklagedes forutsetninger for valg av tilbud bærer således preg av å ha til hensikt å begrunne valg av Otto Olset.”. Dette viser hvordan beregningselementer som ikke er inntatt i konkurransegrunnlaget kommer til i ettertid og slå ”heldig” ut for visse foretrukne leverandører.

Kriteriet ”laveste pris” vil overlate lite skjønnsfrihet til oppdragsgiver og følgelig er faren for forfordeling antakeligvis mindre enn om kriteriet om det økonomisk mest fordelaktige tilbud benyttes.

### 6.2.2 Økonomisk mest fordelaktige tilbud

Ved dette tildelingskriteriet skjer tildelingen på bakgrunn av en bredere vurdering hvor pris er ett av flere sekundære tildelingskriterier. Reglene som regulerer oppdragsgivers vurderinger i ”laveste pris” situasjonene, vil også gjelde når det konkurreres om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, fordi pris i praksis alltid vil være et av de sekundære tildelingskriteriene.

---

<sup>217</sup> 2003-03-26 nr 400

<sup>218</sup> Typisk kjøp av standardiserte produkter som pukk i forbindelse med veiarbeid eller spikere ved bygge- og anleggskontrakter.

<sup>219</sup> Som gjelder tildeling av kontrakter under terskelverdiene, sml §10-2 i del II.

<sup>220</sup> Pris på regningsarbeider var ikke angitt som kriterium i konkurransegrunnlaget. ved prissammenligningen ble lagt inn 700 timer. Dette kriteriet var ikke med i konkurransegrunnlaget, og skulle heller ikke vært tatt i betraktning ved prissammenligningen.



Uttrykket ”det økonomisk mest fordelaktige tilbudet” viser til en skjønnsmessig vurdering der domstolene er dårlig egnet til å overprøve forvaltningens avgjørelser<sup>221</sup>. Når denne skjønnsmessige vurderingen spaltes opp i mer konkrete kriterier, er tanken at domstolene skal få bedre grunnlag for å overprøve oppdragsgivers vurderinger. Derimot vil den senere utviklingen<sup>222</sup> hvor ikke økonomiske hensyn har blitt innfortolket i ”det økonomisk mest fordelaktige tilbud”, kunne bidra til domstolenes forutsetninger for å drive med denne kontrollen svekkes.

Alle de sekundære tildelingskriteriene som vil bli tillagt vekt ved vurderingen av ”det økonomiske mest fordelaktige tilbud” må fremgå av konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen, jmf. forskriftens §10-2(2) 1pkt. Dette innebærer at alle de nevnte kriteriene må bli tillagt vekt<sup>223</sup>. Forskriftens §10-2(2) 2pkt pålegger oppdragsgiver en plikt til å foreta en prioritering av de sekundære tildelingskriteriene. Dette følger av ordet ”skal”. Det gjelder likevel bare om en slik prioritering er ”mulig”. I KOFA sak 2003/3(Forsvarsbygg, Setermoen) ble det uttalt at ”Bestemmelsen må anses klar på dette punktet”. Et argument om å se på hensiktsmessigheten av prioriteringen, ble avvist. Hvis det ikke er utarbeidet en prioritering av kriteriene på forhånd, fremgår det av KOFA sak 2003/38(Norsk Sykepleietjeneste AS) at ”Bestemmelsen [§17-2 (2)] innebærer da bare en anbefaling om å prioritere kriteriene, ikke en plikt. Slik også i førsteinstansavgjørelsen i sak T-183/2000 (Starbag) hvor det i premiss 77 uttales<sup>224</sup>. ”[den aktuelle bestemmelsen] ikke fastsetter en forpliktelse til, men alene anbefaler, [prioritering av sekundære tildelingskriteriene]”.

Dersom en oppdragsgiver på forhånd har foretatt en prioritering av de sekundære tildelingskriteriene, plikter han å opplyse leverandørene om dette enten i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, jmf. EF-domstolens sak C-470/99(Universale-Bau) se premiss 99 hvor det ble uttalt ”...har [oppdragsgiver] fastsat reglene for afvejning af de udvælgelseskriterier, [oppdragsgiver] påtænker at benytte, er [oppdragsgiver]forpligtet til på forhånd at oplyse ansøgerne om disse regler...” Dette ble begrunnet med at denne fortolkningen best sikret ”...en tilstrækkelig grad af gennemsigtighed og dermed, at princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne...” I KOFA sak 2003/3(Forsvarsbygg, Setermoen) var en tilsvarende problemstilling oppe for klagenemnden. Det ble her henvist til EF-domstolens avgjørelse i sak C-470/99(Universale-Bau). Også her ble det konstatert brudd på regelverket.

Er det utarbeidet en evalueringsmodell til bruk mot tilbudene, skal denne som hovedregel inngå i konkurransegrunnlaget, se KOFA 2003/105 og 2003/110.

### 6.2.3 Finnes det en hovedregel?

Etter ordlyden i forskriftens §10-2(1) står oppdragsgiver fritt i valget av primært tildelingskriterium. Denne valgfriheten er også forutsatt i NOUen<sup>225</sup>. Om oppdragsgiver ikke har bestemt hvilket av de primære tildelingskriterier som skal benyttes, står man overfor et problem. Det avgjørende blir da hvilket av de primære tildelingskriteriene som utgjør lovens deklarasjoniske hovedregel.

<sup>221</sup> Se KOFA 2003/105 og 2003/110 Begge omhandlet innkjøp av datautstyr til helseforetak og klagenemnda anså seg ikke kompetent til å overprøve anførselen om at det var lagt for stor vekt på kvalitetskravet til ytelsen.

<sup>222</sup> Se pkt 6.2

<sup>223</sup> Se KOFA sak 2003/176 hvor det i konkurransegrunnlaget var angitt flere kriterier for valg av tilbud. Likevel ble valget basert på pris alene. Dette var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens §5.

<sup>224</sup> Se nytt direktiv art55 pkt 2 som langt på vei legger opp til at kriteriene skal oppstilles i prioritert rekkefølge.

<sup>225</sup> Se NOU 1997:21 s146

Ordlyden i §10-2(1), antyder at alternativene er likeverdige<sup>226</sup>. Mot dette kan man hevde at siden "laveste pris" er inntatt i (2)3pkt som et eksempel på sekundære tildelingskriterier, kan det argumenteres med at "laveste pris" er inkludert i "det økonomisk mest fordelaktige tilbud", og at "laveste pris" alternativet derfor er overordnet "det økonomisk mest fordelaktige tilbud" alternativet<sup>227</sup>.

Hvis det er opplyst sekundære tildelingskriterier<sup>228</sup> vil det etter mitt syn tale for at kriteriet om "det økonomisk mest fordelaktige tilbud" legges til grunn. Og motsatt, hvis det ikke er tatt inn noen sekundære tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget vil dette, kunne, tale for at man står over for et kriterium om "laveste pris".

I KOFA 2003/11 blir problemstillingen behandlet på bakgrunn av forskriften §17-2<sup>229</sup>. Det var ikke nevnt noen sekundære tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget. Dette ble tolket til fordel for at det dreide seg om et "laveste pris" tilfelle. Den samme problemstillingen kom opp i KOFA sak 2003/21 hvor det ble uttalt; "Når [sekundære tildelingskriterier] ikke er opplyst, må derfor tildelingen baseres på laveste pris. Dette er i tråd med bestemmelsens ordlyd og det eneste objektive holdepunktet leverandørene vil ha ved utarbeidelsen av sitt tilbud." I KOFA sak 2003/25 ble det uttalt "I § 17-2 fremstår valg av tilbud på grunnlag av laveste pris som det fravikelige utgangspunkt, *jf. KOFA 2003/11*" (Min kursivering). Man ser at KOFA velger å legge avgjørende vekt på tidligere avgjørelser.

Etter dette legger jeg til grunn at det primære tildelingskriteriet "laveste pris", utgjør regelverkets fravikelige hovedregel. Følgelig må leverandørvalget foretas på bakgrunn av dette i de situasjonene hvor oppdragsgiver ikke har valgt noe primært tildelingskriterium.

---

<sup>226</sup> "...enten...,eller..."

<sup>227</sup> Det kan vanskelig tenkes praktiske eksempler hvor pris ikke er relevant.

<sup>228</sup> Slik som leveringssikkerhet, garantier, etc.

<sup>229</sup> Denne bestemmelsen gjelder for anskaffelser under terskelverdiene, ordlyden er identisk med §10-2.

## 7 Konklusjon

Siktemålet med denne oppgaven har ikke vært å ta stilling til ett enkelt spørsmål. Siktemålet var å vise i hvilken grad regelverket om offentlige anskaffelser legger begrensninger på oppdragsgivers frihet i forbindelse med leverandørvalget.

En oppdragsgiver som er omfattet av regelverket vil ofte ha andre mål i tillegg til å skaffe seg den aktuelle ytelsen. Typisk målsetninger knyttet til velferds- og sysselsettingspolitikk. Fremstillingen har vist at muligheten til å nå disse målsetningene gjennom anskaffelsespolitikk er begrenset. Dette medfører at dersom kontrakten skal tilfalle lokale eller nasjonale tilbydere, må konkurransekraften til disse bedres, slik at kontrakter kan vinnes innenfor regelverkets rammer. Det norske kostnadsnivået representerer her en utfordring.

Siden det er vid adgang til å foreta anskaffelser i egenregi. Vil dette kunne medføre større bruk av egenregi for å ivareta ikke økonomiske hensyn. Dette vil igjen kunne forhindre at man når regelverkets formål om økt handelsliberalisering.

I tillegg byr regelverket på store muligheter for de leverandører som behersker det. Da dette vil gi dem reell markedsadgang i hele EØS-området. I dette ligger det en utfordring for leverandører i å beherske regelverket, samt for oppdragsgiveren å drive aktiv leverandørutvikling gjennom tilbakemeldinger. Slik at de som ikke fikk kontrakten, vet hvilke forbedringer som må foretas.

## **8 Litteraturliste**

### **8.1 Forarbeider**

NOU 1997: 21.  
Ot.prp. nr. 71 1997-1998.  
Ot.prp. nr. 3 2000-2001.

### **8.2 Bøker**

Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen "Lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Kommentarutgave" andre utgave. 2004 Kommuneforlaget.

Stein Ness og Eivind Vesterkjær, "Offentlige bygge- og anleggsanskaffelser" 2003 Kommuneforlaget.

Peter Lund Meyer "EU's udbudsregler" 1998 GadJura.

Sue Arrowsmith "The law of public and utilities procurement" 1996 Sweet & Mawell.

Fredrik Sejersted med flere "EØS-rett" andre utgave 2004 Universitetsforlaget.

Finn Arnesen "Statelig styring og EØS-rettslige skranker" første utgave 1996 Universitetsforlaget.

Erling Eide "Rettsøkonomi for offentlig rett" tredje utgave 1999.

### **8.3 Artikler**

Hans Petter Graver i "Lov og rett" nr 3 2001.

Kai Krüger i "Lov og rett" nr 6 2004.

### **8.4 Diverse**

Veileder "Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser".

## **9 Liste over avgjørelser**

### **9.1 Høyesteretts avgjørelser**

Rt 1997 side 574 (Firesafe)  
Rt 1997 side 580 (OFS)  
Rt 1998 side 1398 (Torghatten)  
Rt 1998 side 1951 (Klubben Transport)  
Rt 2000 side 1076 (Faber bygg)  
Rt 2000 side 1811 (Finnanger)  
Rt 2001 side 1062 (Nucelus)  
HR-2002-00940 (Veidekke)

### **9.2 Lagmannsrett avgjørelser**

LF-2004-24071  
BL-2004-40374  
LH-2004-07353

### **9.3 EFTA-domstolens avgjørelser**

E-3/97 (Jæger)  
E-5/98 (Fagtùn)  
E-4/01 (Karlsson)  
E-1/02 (Postdok)

### **9.4 EF-domstolens avgjørelser**

#### **9.4.1 EF-domstolens avgjørelser**

27-29/86  
98/86  
31/87 (Benntjes)  
45/87 (Dundalk)  
379/87 (Groener)  
3/88  
351/88  
C-243/89 (Storebeltsaken)  
C-272/91 (Lottomatica)  
C-389/92 (Ballast)  
C-359/93 (UNIX)  
C-44/96 (Mannesmann)  
C-360/96 (BFI Holding)  
C-107/98 (Teckal)  
C-197/98

C-225/98 (Nord-Pas de Calais)  
C-281/98 (Angonese)  
C-324/98(Teleaustria)  
C-380/98 (University of Cambridge)  
C-470/99 (Universale-Bau)  
C-513/99 (Concordia)  
C-19/00 (SIAC)  
C-57/01  
C-315/01 (GAT)  
C-448/01 (Wienstrom)

#### 9.4.2 Avgjørelser i førsteinstans

T-183/00 (Strabag)  
T-4/01 (Renco)

#### 9.5 KOFA avgjørelser

2003/1  
2003/3 (Forsvarsbygg, Setermoen)  
2003/7  
2003/11  
2003/21  
2003/25  
2003/31 (Asker kommune)  
2003/36  
2003/38 (Norsk sykepleiertjeneste AS)  
2003/60 (Fredrikstad kommune)  
2003/61  
2003/66  
2003/88  
2003/73 (Ryfylke Miljøverk)  
2003/74  
2003/94  
2003/97 (Sykehuset i Vestfold)  
2003/105  
2003/110  
2003/126  
2003/128 (Avinor/parkeringsutstyr)  
2003/136 (Helse Vest)  
2003/145 (Askvoll kommune)  
2003/176  
2003/183  
2003/184 (Factor Insurance Brokers Bergen AS)  
2004/47  
2004/90 (Orgelsaken)  
2004/189  
2004/203